BIBLIOTECA DE CLASICOS JURIDICOS
PUBLICADA POR LA FACULTAD DE DERECHO DE MADRID
BAJO LA DIRECCIÓN DEL
EXCMO. SR. D. ELOY MONTERO Y GUTIERREZ
DECANO DE LA FACULTAD Y ACADÉMICO

LUIS DE MOLINA

LOS SEIS LIBROS
DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO

TRADUCCION, ESTUDIO PRELIMINAR Y NOTAS
DE
MANUEL FRAGA IRIBARNE
DIPLOMA EN CIENCIAS POLÍTICAS

PROLOGO
DEL
EXCMO. SR. D. ESTEBAN DE BILBAO Y EGUIA
PRESIDENTE DE LAS CORTES DE ESPAÑA

TOMO II. — VOL. I

MADRID — IMPRENTA DE JOSÉ LUIS COSANO — MCMXLIII

LOS SEIS LIBROS
DE LA JVSTICIA Y EL DERECHO
DEL R. P. LVIS DE MOLINA

BIBLIOTECA DE CLASICOS JURIDICOS
PUBLICADA POR LA FACULTAD DE DERECHO DE MADRID
BAJO LA DIRECCIÓN DEL
EXCMO. SR. D. ELOY MONTERO Y GUTIERREZ
DECANO DE LA FACULTAD Y ACADÉMICO

LUIS DE MOLINA

LOS SEIS LIBROS
DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO

TRADUCCION, ESTUDIO PRELIMINAR Y NOTAS
DE
MANUEL FRAGA IRIBARNE
DIPLOMA EN CIENCIAS POLÍTICAS

PROLOGO
DEL
EXCMO. SR. D. ESTEBAN DE BILBAO Y EGUIA
PRESIDENTE DE LAS CORTES DE ESPAÑA

TOMO II. — VOL. I

MADRID — IMPRENTA DE JOSÉ LUIS COSANO — MCMXLIII

A papá

A mamá

«...Ut eleganter CELSUS definit, IUS est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos SACERDOTES appellet...»



El Doctor Luis de Molina.



CARTA-PROLOGO

Sr. D. Manuel Fraga-Iribarne.

Madrid.

Mi querido amigo:

Me pide usted un prólogo para el segundo tomo de su traducción del P. Molina, y bien sabe Dios cuánto me gustaría complacerle, si el agobio de mis inaplazables quehaceres no opusiera infranqueable obstáculo al legítimo derecho con que usted me lo reclama y a la promesa que, fiando demasiado en mi buen deseo, le tengo empeñada.

Pero tampoco me parecería justo escatimar el aplauso a quien, desdeñando holganzas propias de su edad, acomete obra de tanto fuste al airear, en esmerada traducción, el pensamiento genial de uno de nuestros más profundos jurisconsultos, que si con su *Concordia liberi arbitrii* escaló las cimas de la más alta teología, penetrando cuanto a la falibilidad humana le es posible penetrar en los arcanos de la presciencia y la predestinación, brilla con parecidos fulgores en ese Tratado *De Iustit.* que usted ha tenido la fortuna de traducir y comentar en limpia prosa castellana.

Plácemes entusiastas merece la Facultad de Derecho de la Universidad Central, que tan generosamente patrocina la traducción de estos clásicos, tesoro riquísimo, pero har-

to desdeñado, de nuestra cultura nacional. Y enhorabuenas sin cuento su ilustre Decano, mi querido amigo y maestro D. Eloy Montero, prologuista inimitable del primer tomo de esta traducción y paternal Mecenas de la juventud universitaria.

Cumplen ustedes con ello uno de los más trascendentales afanes de la presente hora. No basta, no, citar de corrido y con un *et caetera* muy dilatado, pero todavía inexplorado por nuestros intelectuales, los nombres de una docena de sabios que en España fueron para asombro de la inteligencia humana y lustre imperecedero de la ciencia nacional. En esto radica nuestro principal pecado. Pecado mortal contra la ciencia y contra la Patria. ¡Cuántos que presumen de archisabios en las más extrañas filosofías no han tenido siquiera entre sus manos uno solo de aquellos maravillosos Tratados que, aparte su mérito intrínseco, tanto han influído en el pensamiento filosófico de los últimos siglos! Lo que precisa, ahora más que nunca, es consultarlos a diario, profundizar en su doctrina y revivir en la cátedra, no a título de simple erudición, sino de pedagogía insuperable, aquel su criterio certero, jamás exento de un sentido profundamente humano, capaz por sí solo de animar la más honda, cristiana y española de todas las revoluciones hacederas. ¿De dónde, sino de la entraña de aquellos teólogos Vitoria y Suárez, padres legítimos del Derecho Internacional y antes todavía que Las Casas y Ginés de Sepúlveda, del P. Matías de Paz y Fray Pedro de Córdoba, y Antonio de Montesinos, dedujeron nuestros monarcas el espíritu de justicia social que resplandece en nuestras leyes de Indias? Y ¿dónde, sino en aquellas áureas páginas, bebió su sentido magnánimo, reverente siempre ante la dignidad de la persona humana, el Derecho público de nuestros siglos imperiales? No es poco

el conocer el pensamiento de aquellos sabios que iluminaron los caminos primeros de la moderna edad: lo que importa es saberlo vivir, porque de la ciencia puede afirmarse, como de la fe, que sin obras nada vale, si ha de reposar estancada en los pantanos de una erudición fatigosa y estéril.

No se trata, como usted dice muy bien, del servilismo a los clásicos; ni de sacrificar a ninguna escuela los fueros soberanos de la verdad. ¿Copió acaso Molina al P. Vitoria, por ejemplo, y no le rectificó cuantas veces estimara necesario? ¿Y el P. Suárez no contradijo más de una vez las tesis del Angel de las Escuelas, dando tema sobrado a las más profusas y ardorosas disputaciones? Harto fuera que quienes tanto presumen de independencia intelectual, rindiendo parias a las más extravagantes filosofías, supieran mantener la profunda originalidad que caracteriza al inventor del Tratado *De Locis* y resplandece señera en los inmortales diálogos vivianos que un día suscitaran la admiración del mismo Erasmo, tan desdeñoso para el ajeno mérito, como pagado de su propia sabiduría. Por todos ellos, y abundando en el común propósito, escribió Suárez aquellas sinceras palabras que adornan uno de sus Tratados teológicos: "Mi única ambición ha sido siempre el conocer y hacer conocer la verdad y sólo la verdad"; y porque la amaron con libertad de espíritu, pero sin pruritos de necia pedantería, Dios les otorgó frecuentemente su dominio, prestándoles un sentido de perennidad, que los hace invulnerables al empeño de todas las filosofías heterodoxas.

El Derecho, añade usted, necesita una resurrección. Y nada más cierto. Quizá en ninguna otra rama filosófica ha sido mayor el estrago, como en esta de la Filosofía del Derecho, proscrita hasta en el nombre por los secuaces de un

positivismo adversario sistemático de los fueros más altos de la inteligencia humana. A los veinte siglos de Cristianismo y siete desde que Santo Tomás escribiera su obra inconclusa *De Regimine Principum*, aún se sigue preguntando: ¿qué es el Estado? y ¿dónde radica la soberanía? y ¿cuáles sean, si son, los derechos naturales de la persona humana? Buenos estarían los Estados si hubiesen de esperar a que la filosofía heterodoxa les brindara la última y definitiva razón de su legitimidad y de sus poderes soberanos. A la postre de tanto discurrir desde que Thomassio intentó separar el Derecho de la Moral; tras los esfuerzos verdaderamente geniales de Kant para remediar con la razón práctica el estrago total que a fuerza de sutilezas causara en los dominios de la pura razón; del panteísmo hegeliano, deificación monstruosa del Estado, y causa, como preveía Donoso, de todas las revoluciones de allende el Rhin; del eclecticismo cousiniano, verdadera sinfonía metafísica, bañera de agua tibia, como la llamó Menéndez y Pelayo; de la proscripción de todo Derecho natural, decretada por Compte y Herbert Spencer en castigo de su apriorismo metafísico; de las reacciones de las últimas décadas, empeñadas primero en la imposible tarea de superar sobre las bases de un neokantismo remozado la tara individualista y liberal inseparable del sistema, y obstinadas luego en la restauración de un neohegelianismo, mejor avenido con la idea idólatra del Estado, que pudiera casar las últimas resistencias de un positivismo agonizante con el idealismo panteísta incrustado en la mentalidad de las nuevas Escuelas; del vitalismo, de la filosofía de los valores, etc., etc.; lo cierto es que el pensamiento moderno carece de una solución definitiva capaz de sustituir los axiomas imprescriptibles del viejo Derecho natural, y que, como escribía Heideg-

ger, ningún tiempo ignoró tanto como el nuestro de la naturaleza del hombre, de sus derechos innatos y de sus predicados fundamentales.

El gran error de la ciencia moderna fué el haber deshecho aquella unidad trascendental que, abarcándolo todo, desde el más sublime arcano teológico, fundamento de racionales corolarios, hasta el último escolio del Derecho, aun del mismo Derecho privado, la autorizaba a constituir un concepto integral del hombre, de su dignidad elevada a sobrenaturaleza por la gracia, de la Sociedad como un desenvolvimiento natural de la persona humana y de la misma justicia, eterna en la mente de Dios, participada por la criatura y base inmutable de todo Derecho positivo. La afirmación, tan conocida, de Valdegamas sobre la derivación lógica de todo problema político a los confines de la Teología, no es otra cosa que la expresión certera y oportuna de un postulado fundamental de todo Derecho público cristiano expuesto por Suárez con su magistral claridad en el prólogo a su Tratado *De Legibus*: "porque el camino de la salvación es puesto en las acciones libres y en la rectitud de las costumbres, la cual depende mucho de la Ley como regla de las acciones humanas, el estudio de las Leyes cae dentro de la Teología". Verdad indiscutible que permitía a aquellos teólogos formarse un concepto arquitectónico del humano saber, pródigo en las más fecundas relaciones, tal como la verdad debe concebirse en la mente de Dios, pero que sin perder nunca ese su sentido fundamental y ordenador de la unidad, sabía mantener todas las diferencias necesarias entre el dogma y la razón, así como la diversidad entre las distintas disciplinas jurídicas. Como decía Domingo de Soto abundando en el mismo tema: "Canoni-

ca jura ex visceribus Theologiae prodiere: civilia vero ex media morum philosophia".

Y no habrá verdadero progreso jurídico en tanto no se restablezca ese sentido ordenador de la Filosofía bien llamada perenne. Un siglo de ensayismo, único fruto posible del criticismo liberal y racionalista, pródigo en la duda, fecundo en las negaciones, individualista por esencia y agnóstico por necesidad, lo han desbaratado todo, arrastrándonos al estado de penuria filosófica con que el mundo se dispone a hacer frente a los trágicos requerimientos de una nueva edad, por todos esperada y por ninguno definida.

Ni el que manda sabe cuál sea la última y valedera razón de su poder, ni la multitud se aviene fácilmente a reconocer autoridades que carezcan de un origen divino. Cuando el Derecho ha sido separado de la Moral, queda abierta la esclusa de todas las revoluciones sociales. Negado el Derecho natural, la persona humana, sujeto de valores eternos, queda sometida al arbitrio del poderoso, llámese mayoría democrática u omnipotencia del dictador. El Estado que busca en sí mismo la última razón de su propio ser, proclama inmediatamente su naturaleza absoluta, que sólo a la Divinidad corresponde, como principio y fin de sí misma y de todas las criaturas sometidas a su voluntad infinita. Toda la civilización cristiana descansa sobre esa razón fundamental, verdadera razón teológica proscrita por una Filosofía del Derecho que, a la postre, implica una negación radical del Derecho y de la Filosofía.

Y así se advierte la importancia de la empresa a la que usted ha consagrado los primeros frutos de su temprano, pero bien probado talento. Escogió usted para ello a uno de nuestros más geniales maestros: teólogo agudísimo, profundo filósofo, moralista excelso, excepcional jurisconsulto y, por añadidura, economista sin pretenderlo, que dilucidó con singular acierto no pocos de los problemas que más preocupan a las modernas Escuelas.

Reciba usted por ello mi cordialísima enhorabuena. Cierto que si de sinecuras se trata, pocas, y ellas menguadas, pueden obtenerse por hoy en tan elevados y solitarios caminos. Pero tampoco olvide que en ellos pueden conquistarse lauros mejores y más duraderos que el prosaico *enchufe* o la envidiada jerarquía. Y que, a la postre, realiza usted un insuperable servicio a la causa de la Verdad, más que nunca necesitada de servidores abnegados, que en medio de esta universal catástrofe, en la que pueblos y escuelas, continentes y civilizaciones pugnan a ciegas por el dominio de una nueva Edad, sepan hacer oír a esta humanidad consternada la voz serena de una Filosofía perenne amamantada a los pechos de la Divina Sabiduría.

A su arbitrio encomiendo el uso de esta carta, no meditada suficientemente para la publicidad, y en la que quiero advierta la sincera admiración que le profesa su buen amigo,

ESTEBAN BILBAO.



Estampa *clásica*: un grado de Doctor en la Universidad de Salamanca.



ESTUDIO PRELIMINAR

POR

MANUEL FRAGA IRIBARNE
Diploma en Ciencias Políticas.

INTRODUCCION

I.—LO CLASICO

LA Historia de la Civilización nos ofrece el fenómeno de *lo clásico*. Las obras maestras llegan a ser clásicas en virtud del asentimiento de la posteridad; esto significa que alrededor de ellas se establece un acuerdo definitivo entre la intuición, que revela estos tipos de belleza, y el discurso que, después de haberlos discutido, los acepta como *evidentes* y los encuentra *buenos*" (1).

Así formula Mauricio HAURIOU el concepto de lo clásico, mediante la nota específica del *asentimiento de la posteridad*. Supone ello un acto de fe rotundo en la certeza e infalibilidad de ese asentimiento, ajeno a toda relatividad y pesimismo histórico. Lo cual tiene una trascendencia especial en los *años decisivos* que corren.

En efecto, después de MAEZTU y BERDIAEFF, es una verdad establecida que nos hallamos en un punto crucial de la Historia del Mundo: el fin del Renacimiento o la crisis del Humanismo. "La Historia moderna es una empresa que ha fracasado, que no ha glorificado al hombre, como

(1) HAURIOU, "Principios de Derecho Público y Constitucional", traducción de RUIZ DEL CASTILLO, Madrid, 1927. Prólogo, VII.

hacía esperar. Las promesas del Humanismo no han sido cumplidas" (1). "Ahora ese nuevo sentimiento de la vida y esa nueva relación con el Universo han llegado a su término; todas sus posibilidades están agotadas. Se ha caminado hasta el fin por las sendas del Humanismo y por los cauces del Renacimiento; ya no se puede ir por ellos más lejos" (2). Es un momento de decisión, en que la Humanidad ha de escoger sus caminos. Y en estos instantes es, necesariamente, cuando con mayor urgencia se plantea el problema del concepto y el valor de *lo clásico*.

Una de dos. O tiene razón SPENGLER, y en ese caso lo clásico no existe más que como un valor relativo, para cada ciclo cultural: de modo que en los momentos de *decadencia* no habrá una escala de valores de que echar mano, para tender el puente a nuevas posibilidades. O, por el contrario, tienen razón MASSIS y HAURIOU, cuando afirman que la civilización cristiana-occidental contiene "una revelación de la verdad, de la verdad acerca del tipo más puro de la especie" (3); verdades morales, garantizadas por lo clásico de la santidad; verdades de justicia, garantizadas por lo clásico del Derecho; verdades estéticas y literarias, garantizadas por lo clásico de la belleza; verdades positivas, garantizadas por lo clásico de las ciencias, pues la evidencia científica es hermana de la evidencia artística" (4).

Nos creemos obligados por la trascendencia del momento, a este planteo del problema en toda su mayestática grandeza. Está en la mente de todos la inminente necesidad de un *orden nuevo* en lo económico, en lo social, en lo político; está claro que el orden viejo no puede ya dar más de sí. Pero es menester que se esclarezca muy despacio cómo ha de ser ese nuevo orden; y qué valores, *por clásicos*, no pueden perecer.

Ahora bien; es evidente que ello tiene una especial importancia en el Derecho. El Derecho, elemento primordial en el orden cultural, político y social, está en trance de re-

(1 y 2) BERDIAEFF, "Una nueva Edad Media".
(3 y 4) HAURIOU, loc. cit., V y VIII.

novación radical. El Derecho que por antonomasia es fuerza conservadora e histórica, se nos ha arrugado y nos viene estrecho. El Derecho vigente ha perdido (y en esto no puede haber ilusiones) la vida interna: no ha quedado más que su forma. No hace muchos años que TARDE escribía: "No olvidemos que la ley es la poesía de los pueblos niños, que a menudo no tienen otra: se la canta, se la estudia con amor, y en la Edad Media todavía se da a las colecciones jurídicas nombres poéticos: el Espejo de Suabia, el Espejo de Sajonia, la Flor de Magdeburgo... ¡Imagínense ahora apelativos semejantes aplicados a las colecciones de SIREY o de DALLOZ!" (1).

O, como decía IHERING, en "La lucha por el Derecho": "Si hoy el Derecho parece al vulgo algo que está en el papel sellado, para el plebeyo de Roma el Derecho era algo con que se hace el pan, tan necesario como la harina."

Es, pues, evidente que el Derecho necesita también una revolución o mejor una resurrección. Pero aquí se plantea, y con mayor urgencia que en otro sector cultural cualquiera, la cuestión previa de *lo clásico*.

No vamos a entrar a discutir con PETRAZYKY (2), por ejemplo, si el "Corpus iuris" es o no el "Libro de la Sabiduría". Pero sí hay algo que es indiscutible: "que existe también un Derecho clásico, que es esencialmente el Derecho común de los pueblos civilizados del mundo antiguo, organizado por los jurisconsultos del Alto Imperio... O el Derecho natural no se realizará jamás, o habrá que convenir en que una buena parte de él está allí realizada" (3).

En efecto: el Derecho romano llegó a coincidir con el Derecho de gentes del *ecumene* antiguo. Este fenómeno histórico, que se llama *caída del mundo antiguo*, produjo una falla de ocho siglos, en los cuales el mundo occidental realiza diferentes ensayos y tentativas para reorganizarse; mas

(1) TARDE, "Las transformaciones del Derecho. Madrid, S. A., página 172.
(2) "Die Lehre von Einkommen", Berlín, 1893.
(3) HAURIOU, loc. cit., VIII.

a partir del siglo XII se ve ya una línea constante, no interrumpida hasta el presente. El Derecho romano y, más que el Derecho canónico, el Evangelio, son las bases de la reorganización social. Muchas generaciones, ya, con diverso éxito, han colaborado en esta materia hasta el día de hoy.

El valor del Cristianismo como piedra angular del *orden nuevo* no puede discutirse siquiera. No ya solamente porque las puertas del Infierno no prevalecerán contra la barquita de Pedro, sino también porque, hablando más a lo humano, la Iglesia nunca ha sido inferior a su misión histórica. El Papa lo ha dicho.

Pero sí nos interesa plantear el otro aspecto de la cuestión. O, más bien, afirmar que, a pesar de esa falta de vitalidad actual del Derecho, que hace pensar a algunos en su muerte total, existe una posibilidad de adaptación de los valores jurídicos clásicos. En una palabra: que Roma puede ser aún la loba madre, en uno y otro orden.

Mas ello exige todo el drama de una amputación, todo el sacrificio de una poda; exige, sobre todo, la inmolación de la forma al espíritu, de lo accidental a lo perenne.

Por lo demás, es evidente que en todo ello hay la necesidad de la fe, de la creencia. Pero, como diría Hauriou, no es ésta la fe del carbonero, sino una fe con motivos de credibilidad. Y ésta es la vida del hombre, que nunca se ha movido por la razón pura, sino principalmente por la fe, que en unos es fe consciente y racional (y éstos son los que fundan y rigen) y en otros es ciega, pero también justificada, porque se basa en la confianza (y éstos son los que siguen).

Pues bien; nuestra obra es esto precisamente: una contribución a la tarea de dar a conocer lo clásico jurídico. Y, sobre todo, de fundamentar sus motivos de credibilidad. Pero bien entendido que concebimos el Derecho—y la vida—de un modo dinámico—revolucionario—, lo cual nos obliga a mostrar *lo clásico* en función de su adaptación—revolución—posible.

Esta es la justificación del presente Estudio Preliminar, como aquélla lo es de la traducción.

II.—CLASICISMO ESPAÑOL

Hasta aquí hemos hablado únicamente como hombres y como cristianos. Pero Dios nos ha deparado, además de éstos, otro grande honor: el de ser españoles.

"Creemos en la suprema realidad de España". Ello nos obliga a cooperar en la "apremiante tarea colectiva de todos los españoles": "elevarla, fortalecerla y engrandecerla". Tal es el fin primordial de la presente colección de clásicos jurídicos españoles.

Pero conste muy claro, que no se trata aquí de un *chauvinismo* necio, que, como dice José Antonio, es el individualismo de los pueblos. Se trata de que Dios asigna a cada pueblo, como a cada hombre, una misión que cumplir. Y España, gran cumplidora, la tiene hoy excepcional y grandiosa.

Hablemos claro. No se ve hoy en parte alguna fuerza humana comparable a la de la Hispanidad, en lo que se refiere a la afirmación y custodia de valores religiosos, éticos y culturales en el sentido más amplio. Y, sobre todo, como demostró Ramiro de Maeztu, sólo ella tiene derecho a proponerlos al Mundo entero, porque sólo ella los sostiene con universalismo, que vale tanto como decir catolicidad. Si el Mundo *se salva*—humanamente hablando—será por nosotros, pues somos los únicos que afirmamos que todo el mundo *se puede salvar*.

Maeztu, en su libro clásico, afirmó que ésta es la esencia de la Hispanidad, afirmada en Trento y sostenida por nuestras picas en todo el Mundo. Por tanto, ahí estribará lo clásico español.

Concretemos. Hay un consentimiento universal que nos permite afirmar la existencia de lo que Pfandl denominó "Edad de Oro de España". Los valores que España sostuvo entonces son sus valores clásicos en todos los órdenes

(salvas las imperfecciones inherentes a toda obra humana); sin que haga falta decir que no ignoramos

que erraría el que pidiese
o que el tiempo ya se fuese,
o viniese el tiempo ya.

Lo pasado, pasado está; las formas no volverán, ni deben volver; pero el espíritu, los valores, no mueren, y sí pueden y deben volver.

Ahora bien; en lo esencial dichos valores son puramente humanos y cristianos; es decir, que son la única fórmula posible de un orden racional de la Cultura y de la Sociedad.

Esta es la única clave posible para el legítimo planteo y resolución de numerosos problemas históricos y críticos. Por ejemplo, el tan debatido de la *ciencia española*. No se trata de saber cuántos matemáticos o cuántos jurisconsultos de primera o de cuarta fila tuvo España en el siglo XVI, para decir, v. gr., a Francia: Tuve tantos o más que tú. Se trata, en primer lugar, de hacer ver que nuestra concepción del mundo fué óptima, porque fué la más humana—de puro ser cristiana—, y que, por eso, ninguna rama del saber se descuidó; antes, a pesar de la ingente ocupación de toda la comunidad hispana en la tarea de imponerse al mundo entero—que esto significan los misioneros en el Japón, los teólogos en Trento, los cañonazos en Lepanto y las picas en Flandes—, alcanzamos en todas ellas la altura media, cuando menos, de las demás naciones civilizadas. Y bastó que abandonásemos nuestro camino en el fatídico XVIII (a pesar de sus ingenieros, sus Reales Academias y sus buenos administradores) para que en Europa no se vuelva a leer un literato español ni a citar uno de sus juristas.

Pero hay una segunda parte mucho más importante todavía en dicho problema. Y es que hoy las obras de nuestros matemáticos y de nuestros médicos del XVI y XVII sólo son clásicas por el espíritu y época; pero la parte esen-

cial de nuestra obra cultural es humana y no técnica, teniendo, por tanto, un valor fundamentalmente imperecedero.

Es decir, que CERVANTES y GRACIÁN siguen dando

...pasatiempo
al pecho melancólico y mohino
en cualquiera sazón, en cualquier tiempo.

Que hoy infinidad de almas se elevan "a las cumbres de la espiritualidad más alta" practicando aquellos *Exercicios* que propuso un capitán de la Infantería española.

Ya se ve a dónde vamos a parar. Los problemas que hoy tiene la humanidad, como los que tiene España, no son de orden técnico precisamente. Nunca el hombre ha tenido un dominio tan colosal sobre la Naturaleza: desde la radio a la aspirina, es portentosa la serie de los medios de que disponemos.

Los problemas están en los fines. Los problemas son sociales, políticos, jurídicos; esto es, son problemas morales. Por eso no nos cabe la menor duda de que hoy Santo Tomás no hubiera escrito sobre la materia prima, sino sobre la cuestión social.

Pues bien; es indudable que lo mejor de la obra intelectual de España en los siglos clásicos es su contribución a las ciencias morales. VITORIA, SOTO, MOLINA, SUÁREZ, con CERVANTES, QUEVEDO, CALDERÓN y GRACIÁN, para citar unos cuantos nombres cumbres y representativos, forman una falange, un estilo que no ha sido superado en época alguna. Su valor es profundamente español, pero es profundamente humano y cristiano: por eso es universal y eterno.

Creemos que la cuestión está clara. Nuestras afirmaciones podrán creerse o no (aunque esperamos que quienes lean a MOLINA y nuestra humilde aportación a su estudio serán de los creyentes), pero nadie podrá abrigar dudas respecto al sentido de nuestro trabajo.

No nos hacemos ilusiones. Creemos más en la acción que en el discurso, por elocuente que sea. Vale más el organizar bien un servicio de abastos u ofrendar a Dios y Es-

paña un brazo en la División Azul, que dar a conocer todos los clásicos del mundo. Pero es indudable que los hombres se mueven por ideas: y que una de las formas más eficaces de la acción es inculcar en las mentes de los demás ideas motoras, ideas fuerzas, de esas que el divino PLATÓN juzga innatas y participantes de Dios.

De ellas son, a no dudarlo, la Justicia y el Derecho El deber que nosotros, los juristas, tenemos en todo momento, y más en el presente, es su custodia e imposición: "por lo que con razón se nos llama sacerdotes", pudo añadir el gran CELSO.

III.—VALORACION Y ADAPTACION

Planteados los términos de la cuestión, podemos comenzar el análisis de ésta. Tratamos de sacar el mayor partido posible de la obra ingente de nuestros clásicos moralistas y jurisconsultos, y en particular del famoso Luis de MOLINA. Ello nos conduce a la cuestión previa de su valoración y posible adaptación.

El gran SAVIGNY planteaba serenamente el problema en el prólogo de su célebre "Sistema del Derecho romano actual". "Cuando una ciencia como la del Derecho—dice—descansa sobre los esfuerzos no interrumpidos de muchos siglos, constituye una herencia inapreciable, cuya posesión quieta y pacífica goza la generación de que formamos parte" (1). Ahora bien; nadie puede detenerse en el camino —y menos en tiempos de revolución—. Por eso añade SAVIGNY: "Respetar todo lo que nuestros antepasados han hecho de grande, es la disposición más favorable para esta obra...; pero, a fin de evitar que este respeto nos conduzca a ideas exclusivas y ofusque la libertad de nuestros juicios, debemos volver constantemente los ojos hacia el último fin de la Ciencia; considerado lo cual nos parece imperfecta la más acabada producción del hombre" (2).

(1) "Sistema", trad. MESIA y POLEY. Vol. I. Madrid, 1878, pág. 1.
(2) Loc. cit., pág 2.

Por eso los clásicos no nos imponen el servilismo, la imitación, la letra que mata, sino que nos dan la inspiración, la orientación, el espíritu que vivifica. La labor del jurista de verdad es "la revisión periódica de los trabajos de nuestros antepasados, la crítica de sus errores, la confirmación de sus verdades y *una nueva toma de posesión*, que en la medida de nuestras fuerzas nos haga dar un paso hacia el objetivo definitivo" (1).

Ante todo, pues, vamos a valorar la aportación clásica española a la ciencia del Derecho. O, lo que es lo mismo, vamos a ver lo que representan históricamente nuestros jurisconsultos clásicos.

Ello nos obliga a hacer un poco de Historia. Es sabido (2) que el siglo XIX marca, a partir de IRNERIO y el descubrimiento del Florentino, el momento del renacer del Derecho romano y las recepciones. Los glosadores, beneméritos de la cultura, interpretan del modo más perfecto que pueden, con sus débiles medios de investigación, las fuentes romanas; culminando su labor en el *Apparatus* de ACURSIO, conocido por *glosa magna* o *glosa ordinaria*, compuesta hacia el 1250.

Surge entonces un nuevo método, o, mejor, una nueva idea en el estudio del Derecho. CINO DE PISTOYA, BARTOLO y BALDO fundan la escuela de los post-glosadores o bartolistas. Agotada la interpretación del texto, algunos hombres geniales pensaron en hacer con aquella legislación milenaria el instrumento capaz de organizar jurídicamente la nueva sociedad cristiano-europea. Para ello dispusieron, como dice Rodolfo SOHM, de un arma formidable: "la Historia debe a los comentaristas, sobre todo, el gran servicio de haber aplicado a la ciencia del Derecho los métodos escolásti-

(1) SAVIGNY, loc. cit., pág. 2.
(2) Sobre todas estas cuestiones sigue siendo fundamental la "Geschichte des romischen Rechts in Mittelalter"; segunda ed., 7 vol. (1834 y sig.). Hay traducción francesa: "Histoire du Droit romain au Moyen-Age"; 3 vol. París, 1839.

cos" (1). "Este método deductivo era desconocido de los juristas romanos, que, manejando con gran maestría una serie de conceptos fijos, obraban generalmente sin percatarse de ello, como el artista que aplica insensiblemente las leyes estéticas a sus creaciones" (2).

Con su aparato lógico de conceptos, se liaron a estudiar "los textos romanos, como los de una legislación viva, buscando sus principios generales que de ellos se deducían, y sacando por raciocinio las consecuencias resultantes. Toda una construcción jurídica se elevó sobre los textos romanos, construcción metódica de teorías... Con mucha lógica, con un método de razonamiento muchas veces poderoso, la escuela bartolista exponía un Derecho sistemático con la la ayuda del Derecho romano" (3). Así surgió un Derecho con "la fuerza necesaria para conquistar el mundo" (4).

Este Derecho, en efecto, desarrollado por los prácticos en los siglos XVI y XVII, espiritualizado por los teólogos y jusnaturalistas, y perfeccionado técnicamente por los pandectistas del siglo pasado, es el que integra nuestros Códigos civiles: es decir, el Derecho que fundamentalmente vivimos, y que está en trance de muerte o renovación.

Sin embargo, la soberbia de los humanistas que llamaron bárbaro al románico y al gótico y bárbara a la "Summa Theologica", ha perseverado hasta nuestros días, en que aun se oye hablar de la barbarie que, como una planta parásita, había invadido completamente el Derecho romano puro" (5). Veamos el cuadro sombrío que traza el profesor WESTRUP, de la escuela bartolista: "lo esencial era presentar y exponer unas tras otras—sin discusión ni crítica y limitándose a observar las acostumbradas sutilezas de

(1) SOHM, "Instituciones de Derecho Privado Romano"; trad. ROCES, Madrid, 1936, pág. 132.
(2) SOHM, loc cit., pág. 133.
(3) Emile VIARD, "André Alciat" (1492-1550), París, 1926; pág. 117.
(4) SOHM, loc. cit., pág. 132
(5) WESTRUP, "Notes sur Cujas". En "Studi in onore di Pietro BONFANTE, III, pág. 129-149. La frase citada es del humanista Ulrico ZASIO.

la dialéctica escolástica (subordinaciones, distinciones, etc.)—las opiniones contradictorias (glosas, comentarios) de todos los Doctores anteriores. La solución en cuya defensa se pudieran alegar mayor número de autoridades se reputaba *opinio communis* y decidía con tal título la cuestión controvertida" (1).

Ello es lisa y llanamente falso. BARTOLO—uno de los genios más poderosos de la Historia del Derecho—y los suyos no daban sus teorías por Derecho romano, sino por Derecho vivo, por Derecho justo. Por eso atendían más a la glosa, que adaptaba la letra del texto a las nuevas instituciones, y al nuevo tráfico económico, en trance gozoso de renacer. Verdad es que la Escolástica decayó, y con ella los post-glosadores; pero no se puede negar a aquellos hombres el laurel inmarcesible de la Ciencia y de la Justicia.

Efectivamente, desde mediados del siglo XV faltaron las grandes capacidades en la escuela, y el abuso de las sutilezas y del criterio de autoridad hizo disminuir su prestigio. Los humanistas, aprovechando los nuevos medios de investigación que les brindó el Renacimiento, instauraron frente al *mos docendi Italicus* el *mos Galicus docendi*; frente al Derecho práctico y vital de los bartolistas, la "jurisprudencia humanística y elegante". Hacen crisis a este respecto las "*Adnotationes ad pandectas*", de Guillaume BUDÉ (1508), y los "*Paradoxa*", de Andrea ALCIATO (1518) (2). CUJAS marca la culminación.

Lejos de nosotros el negar los méritos indiscutibles de la nueva escuela que tuvo en España representantes de la categoría de RAMOS del MANZANO, FERNÁNDEZ de RETES, PICHARDO de VINUESA, etc. Su crítica admirable y sus profundos conocimientos históricos y filológicos les permitieron un esclarecimiento apenas superado posteriormente de las fuentes romanas. Pero no supieron apreciar el valor de la obra mucho más *práctica inmediatamente* de los comen-

(1) WESTRUP, loc. cit., pág. 134.
(2) Véanse las obras citadas de VIARD y WESTRUP. Un buen resumen en la "Parte General" de ENNECCERUS, vol. I de la trad. española.

tadores, desdeñando emplear estos medios poderosos en la construcción del nuevo Derecho. Empeñados en restaurar el Derecho romano clásico, maldecían al interpolador que hubiera intentado cristianizarle y adaptarlo a las nuevas circunstancias. Por eso los frutos de la escuela fueron tardíos y no siempre óptimos.

Pero—y aquí está el nudo de la cuestión—, la euforia del humanismo no enloqueció por igual a todos los hombres del Renacimiento. España, que no fué "die Land ohne Renaissance", pero sí la patria del Renacimiento cristiano (1) y de la Contrarreforma, comprendió que si perecía el orden intelectualista cristiano del Medievo, el mundo estaba perdido. El saber, el arte, la cultura, todos los valores del Renacimiento fueron aceptados por España: pero no su paganismo, su soberbia y, particularmente, su desintegración del hombre y de la Sociedad.

España luchó con las armas y con la pluma. Esto último fué la resurrección de la Escolástica, que alcanzó una segunda Edad de Oro, superior, sin duda, a la primera (2). Surge así aquella falange de hombres que asisten serenamente, desde sus cátedras de Salamanca, de Alcalá o de Coimbra, a la gran revolución espacial y espiritual.

Aquellos hombres comprendieron que *el principio y fundamento* estaban en el orden moral. Por eso, aunque hubo entre ellos metafísicos eminentes y dialécticos brillantes, el campo en que triunfaron—porque lucharon—plenamente fué en la Moral y en el Derecho. Las grandes cuestiones jurídico-sociales, en particular, están en el punto mismo en que las dejó la intuición genial de nuestros teólogos.

Surgen así los innumerables tratados "*De Iustitia et Iure*", en pos de las inmortales "*Relecciones*" de VITORIA.

(1) Véase Aubrey F. G. BELL, "Luis de León. Un estudio del Renacimiento español. Barcelona, Araluce. PEMÁN, "Nuestra Reforma y nuestro Renacimiento", 1934, en "Acción Española", núms 50, 51 y 52. BONILLA SANMARTÍN, "Luis VIVES y la Filosofía del Renacimiento". Madrid, 1903. MENÉNDEZ Y PELAYO, "La ciencia española", 3 volúmenes, segunda edición. Madrid, 1888.

(2) Véase el Estudio Preliminar del primer tomo de esta traducción.

En ellos se plantean magistralmente las innumerables cuestiones morales relativas a la virtud de la Justicia, que da a cada uno lo suyo. A Dios, lo que es de Dios; al César, lo que es del César. Lo suyo a la persona, lo suyo al Estado, lo suyo a la Iglesia.

Para estos hombres lo interesante era saber qué cosas podemos hacer u omitir, y cuáles no podemos hacer u omitir so pena de pecado, y, en su caso, de restitución. Ahora bien; como las leyes obligan en conciencia, su estudio de la Moral les obligaba a tratar del Derecho.

Al lado del teólogo está el jurista puro. Los límites no son precisos: COVARRUBIAS es un jurisconsulto, pero también un Obispo. Sin embargo, es indudable el carácter típico que presentan un Antonio GÓMEZ, un Gregorio LÓPEZ, un Diego de COVARRUBIAS, un Antonio AGUSTÍN, etc. Estos hombres saben también Moral, y, sobre todo, las necesarias relaciones entre los órdenes del Derecho y de la Etica; pero, antes que nada, son prácticos y legistas.

Ahora bien: el método empleado por unos y otros es el mismo. La Escuela humanística tuvo en España egregios representantes, pero no llegó a prevalecer. Teólogos y legistas persiguen de consuno un fin práctico: aquéllos *principalmente* llevan los hombres a su último fin, *la salvación*, por la ilustración de sus conciencias; éstos, *principalmente*, la organización del orden privado civil, consolidando así las bases para el *bien común*, subordinadamente, desde luego, a aquel fin supremo.

Por eso, ni SOTO, ni Antonio GÓMEZ se entretienen en la búsqueda de interpolaciones. Prosiguen, cada uno desde su punto de vista, la obra gigante de los comentadores. Trátase de aprovechar la experiencia ingente de los juristas romanos para estructurar una Sociedad que se vertebra con el Estado moderno. Trátase de unificar el caos legislativo de los fueros regionales y municipales, mediante un impulso amplio dado al Derecho romano, más perfecto y más susceptible de progreso.

España contaba para ello con dos bases magníficas: la tradición no interrumpida en sus Universidades desde los primeros glosadores, entre los que brillaron los Pablo de CASTRO y los Juan HISPANO, simbolizada en el glorioso Colegio Español de Bolonia; y aquel monumento insigne, maravilla de recepciones, que constituyen las Siete Partidas del Rey Sabio.

Por eso, nuestros juristas resucitan y vivifican el método bartolista. Es inútil buscar en MOLINA, por ejemplo, citas de ALCIATO o de ZASIO; pero sí estarán los glosadores, los bartolistas y los modernos prácticos, como el ya famoso Julio CLARO. Si quisiéramos encontrar un paralelo, pudiéramos decir que la labor de nuestros juristas tiene el mismo sentido que la de sus contemporáneos, los prácticos alemanes; si bien en España los teólogos le dieron mayor elevación y espiritualidad.

Pues bien; Luis de MOLINA, en dichosa síntesis, pudiera ser propuesto como el prototipo de las dos tendencias nacionales. Su cabeza genial fué capaz de realizar, en el tratado jurídico más extenso y omnicomprensivo de la época, la labor de conjunto en que el moralista no sacrifica al jurisconsulto, ni el legista al teólogo. Tal vez no haya alcanzado la genial y metafísica modernidad del teólogo SUÁREZ; ni dispusiera de la portentosa erudición de un COVARRUBIAS o un Antonio AGUSTÍN; pero como jurista-moralista armónico fué superior a todos.

En el tomo primero trazamos esquemáticamente la biografía del gran jesuíta, cuya figura intentamos centrar como teólogo, como filósofo y, sobre todo, como hombre y español. Ahora, en trance de presentar la parte más jurídica de su obra, nos interesa especialmente insistir en esto: qué calidad tiene su ciencia jurídica; para qué nos sirve.

Pues bien; los valores, positivos y negativos, que nosotros encontramos en MOLINA como jurista (y que pueden generalizarse al resto de nuestros clásicos), son los siguientes:

Primero. Una *concepción del mundo*, humana, cristiana y española; optimista, por ser de un sano intelectualismo que cree en el orden supremo y en el Supremo Ordenador. Ello le da una capacidad vital que falta en absoluto de las mejores páginas de los pandectistas, por no hablar del frío glacial que respiran las construcciones de KELSEN o de DUGUIT. Esa concepción clásica del mundo es, lo afirmamos, la única verdadera y posible; siendo, por tanto, presupuesto indispensable de todo ordenamiento conceptual y jurídico que aspire al éxito.

Segundo. Un formidable aparato de conceptos, resultante del dominio perfecto de la filosofía aristotélico-tomista, en toda su pureza; unido al rigor dialéctico del método escolástico.

Tercero. Un sano realismo, muy español y muy jesuíta, pero, sobre todo, muy propio del buen moralista y del buen jurisperito, que, antes que nada, es un *prudente*.

Cuarto. Un conocimiento muy completo de las fuentes romanas y canónicas, desde luego a través de la glosa; e igualmente del Derecho portugués recopilado. Por lo que toca a Castilla, MOLINA conoce bien la Nueva Recopilación, y muy especialmente las Partidas y las Leyes de Toro.

Quinto. Conocimiento profundo de los post-glosadores y de su espíritu. A los glosadores, salvo ACURSIO, normalmente los cita a través de aquéllos. De los prácticos modernos conoce bien a Julio CLARO, y al dedillo todos los autores de Castilla y Portugal.

Sexto. Un raro sentido de lo económico, que le lleva a frecuentes estudios personalísimos sobre la realidad del tráfico contemporáneo; así nos describe maravillosamente una serie de instituciones que otros autores, más apegados a los textos, pasan por alto (véanse los títulos de las Disputaciones).

Frente a estos méritos, una crítica serena no puede menos de reconocer los defectos siguientes:

Primero. Algunas veces abusa del método deductivo, que, partiendo casi siempre en estas materias morales de antecedentes probables, puede conducir a construcciones a ve-

ces totalmente ajenas a la realidad. Así, lo que veremos más adelante en materia de juramento promisorio, por ejemplo.

Segundo. Desconocimiento, al menos afectado, de las aportaciones de la nueva escuela humanística, que le hubieran sido útiles en númerosos puntos.

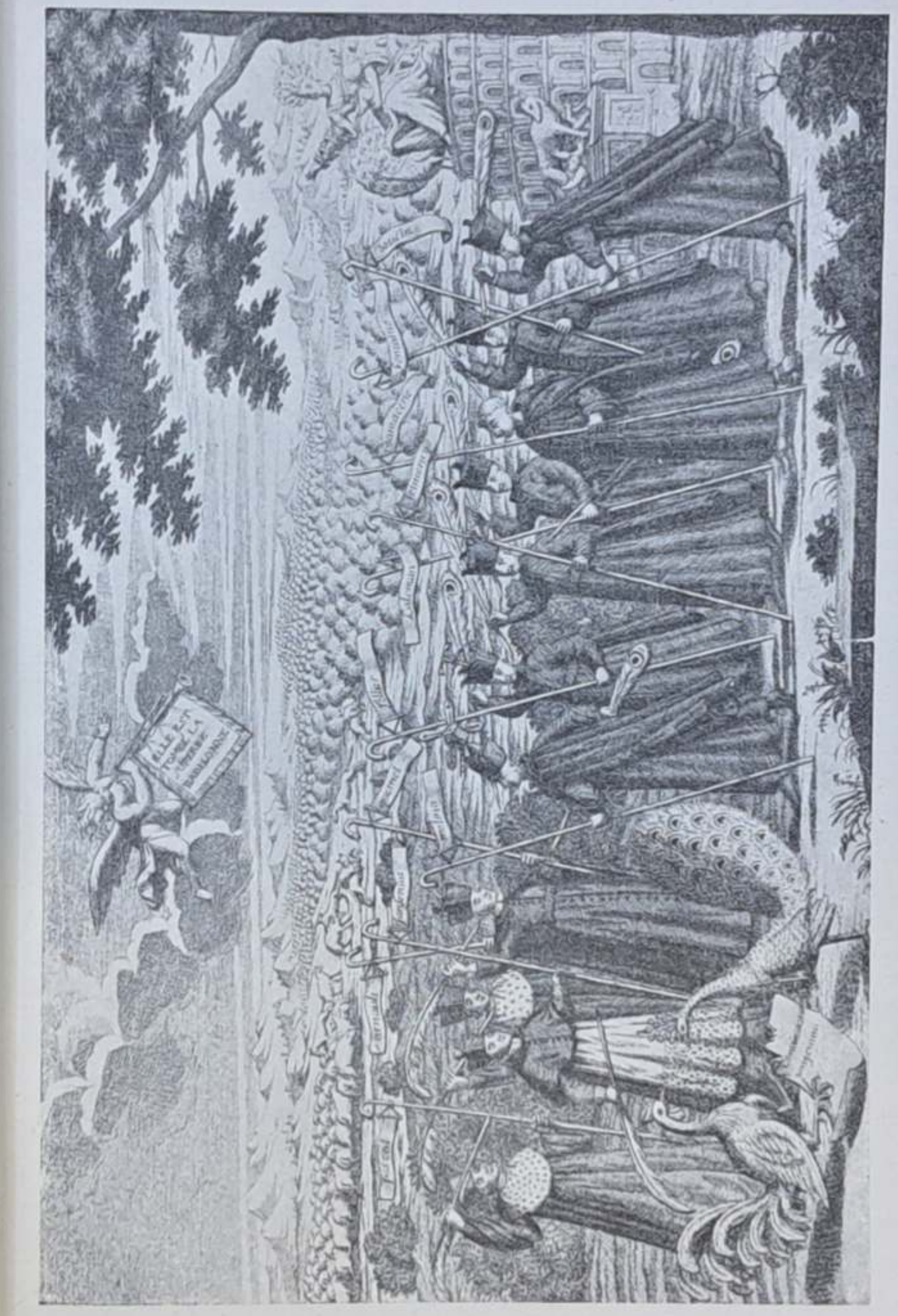
Tercero. Algunas veces—pocas—el moralista olvida que el Derecho positivo se propone, en primer término, el bien común (cosa que MOLINA sabe y afirma constantemente), aun a riesgo de oponerse en algún caso a la Justicia pura. Así, por ejemplo—como veremos inmediatamente—, atribuye a la voluntad un exagerado poder para vincularse jurídicamente.

El balance es netamente favorable, ya que estos defectos son accidentales; son normalmente contradicciones con el espíritu del mismo autor, que se ofusca en casos concretos. "*Aliquando bonus dormitat Homerus...*"

Por lo demás, no hace falta decir que la técnica jurídica ha progresado mucho desde entonces. La sistemática, la metodología, el análisis han avanzado extraordinariamente sobre las huellas de aquellos hombres beneméritos y de las generaciones siguientes.

Por eso, lo que nos queda, *lo clásico* en MOLINA, como en sus contemporáneos, es, en primer lugar, el *espíritu*. El que no se entusiasme viendo a VITORIA defender *jurídicamente* la causa de los indios, o a MOLINA la de los negros de Africa, no puede ser verdadero jurista. El que no admire la proeza homérica del jesuíta conquense, que quiso reducir a la unidad y sistema todas las cuestiones de Justicia y de Derecho, no puede, no tiene derecho a ejercer la jurisprudencia, que es la "doctrina de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto".

Hay, además, en MOLINA la solución actual de formidables problemas que, por ser humanos, no han cambiado: por ejemplo, el carácter esencial de la propiedad, con las consecuencias que se deducen en lo esencial y en lo jurídico; la esencia del poder en sus diversas formas; las normas fundamentales de las relaciones entre Estados soberanos, etc., etc.



Caricatura francesa sobre las controversias teológicas del siglo XVII. Molina participa ardidamente en la refriega.

Hay también para el moralista la solución casuística de innumerables problemas, en su mayoría de valor actual.

Este casuísmo puede ser muchas veces útil, incluso para el jurista, del mismo modo que lo es el estudio del Digesto. Se trata de soluciones inspiradas en el espíritu de justicia, en supuestos que muchas veces siguen siendo posibles, dado el carácter principalmente romano de nuestros Códigos. A lo largo de este Estudio y en las notas haremos ver ejemplos suficientes de lo dicho.

Esperamos que el lector de MOLINA confirmará éstas a manera de conclusiones, que nosotros hemos deducido de su estudio. Ello le convertirá—si no lo fuese ya—en un infatigable estudioso de los clásicos.

Y hora es ya de que la nueva generación caiga en la cuenta de esta necesidad fundamental, porque lo que no es tradición es plagio.

IV.—JUSTIFICACION

A continuación intentamos un estudio de adaptación de MOLINA, supuestos los principios que acabamos de exponer. Comprende este volumen la primera parte del Tomo II, que trata de las *obligaciones y contratos*. En torno a lo que dice MOLINA sobre su teoría general, hemos compuesto algunas variaciones, con la meta en la idea de salvar y afirmar *lo clásico*, escardándolo de entre lo perecedero. Asimismo hacemos un breve estudio de sus doctrinas sobre *la promesa y la donación*. Todas las ideas expuestas son bajo nuestra única y exclusiva responsabilidad.

Tal es el trabajo que hoy presentamos al público culto, y en particular a los juristas patrios. Sobre todo a los juristas jóvenes, a esa juventud inquieta y animosa que hoy se forma—nos formamos—en nuestras Universidades, que debe triunfar y triunfará, porque su victoria es la de España.

No nos ocultamos que es obra ambiciosa; pero sólo en cuanto a sus fines. Sabemos que nuestra preparación no nos

permite aún una obra fundamental; que tal vez algún día habremos de rectificar tales o cuales ideas. Pero sabemos también que el espíritu y entusiasmo—español y falangista—que nos mueve, no habrá de ser rectificado jamás.

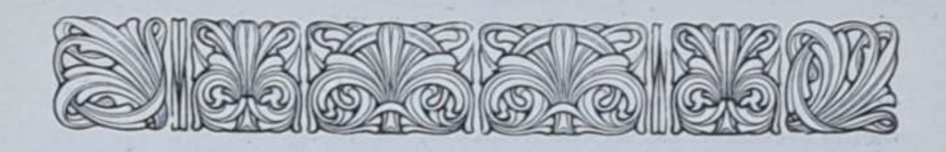
Por eso pedimos benevolencia al lector amable, al que advertimos que probablemente notará algún olvido lamentable en la bibliografía consultada; alguna materia preterida o insuficientemente tratada, etc. Pero nuestro fin no era la perfección, que nos sería inasequible, sino la acción, el movimiento. Las ideas que exponemos podrán mover a cabezas mejor preparadas a explotar la cantera inagotable que brindamos.

La traducción de este volumen (y de otro que aparecerá en breve, conteniendo la sugestiva materia del Derecho Internacional de MOLINA, entre otras) es trabajo de veraneo. El Estudio Preliminar y las notas son el fruto de una larga meditación, *cuasi habitual*, que diría MOLINA, sobre los trascendentales problemas jurídicos a que se refiere, rápidamente ordenados, en las deficientes bibliotecas de Madrid.

He de repetir aquí mi agradecimiento al maestro ELOY MONTERO, director e inspirador de esta biblioteca, y a mi hermano José, hoy simple *escribano*, y mañana, Dios mediante, sucesor de los MOLINA y los MONTERO.

Pero de un modo especialísimo, al Excmo. Sr. D. Esteban de BILBAO y EGUÍA, eximio jurista y profundo conocedor de nuestros clásicos, que ha sabido encontrar tiempo entre sus múltiples ocupaciones para honrar este volumen con su docta pluma.

Madrid, 1 de noviembre de 1942.
Fiesta de Todos los Santos.



EL PROBLEMA DEL ACTO JURIDICO

I.—EL ACTO JURIDICO

Debemos a SAVIGNY la construcción del orden jurídico como un conjunto de *relaciones de derecho*. Según el gran jurista alemán, "cada relación de derecho nos aparece como relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independiente de toda voluntad extraña" (1). Esta definición flaquea un poco al final, como veremos, por su exagerado matiz voluntarista, pero es indudablemente superior a todas las propuestas posteriormente. ENNECCERUS la conserva esencialmente, matizándola de un carácter más técnico: "relación de la vida ordenada por el Derecho objetivo, y que consiste en una dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)" (2).

Advertiremos de una vez para siempre que en esta exposición, a no ser que lo advirtamos expresamente, nos referiremos nada más al orden jurídico privado; aunque lo mismo este concepto que el de acto jurídico han sido generalizados a otras ramas del Derecho.

El mismo SAVIGNY formuló la teoría general de los *hechos jurídicos* como "acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan", que hoy puede considerarse como clásica y verse expuesta en cualquiera de los libros de Derecho al uso.

Como categoría de excepcional importancia dentro de los hechos jurídicos se hace destacar la de los *actos jurídicos* o

(1) SAVIGNY, "Sistema", vol. I, pág. 224.
(2) ENNECCERUS, "Parte General", I.

declaraciones de voluntad. Evitaremos de momento los problemas técnicos de su clasificación, en que, sobre todo los civilistas alemanes, han llegado a verdaderos prodigios de sutileza y diferenciación (1). Tampoco entraremos en cuestiones terminológicas sobre las relaciones entre las expresiones *acto jurídico, negocio jurídico, Rechtsgeschäft, Rechtshandlung,* etc. Preferimos hacer notar, de momento, la existencia de una serie variadísima de "actos realizados únicamente para realizar uno o varios efectos jurídicos", como dice PLANIOL (2), designándolos bajo la rúbrica general de *actos jurídicos* (3). Si se quiere, concretaremos de nuevo el campo al orden jurídico privado.

La inmensa mayoría de las relaciones jurídicas nacen, mueren y se modifican como consecuencia de estos actos jurídicos. Por ejemplo, del acto jurídico de una compraventa surge una serie de relaciones jurídicas, no sólo entre comprador y vendedor, sino posiblemente con otras personas, en los innumerables supuestos de pérdida, evicción, retracto, etc., regulados por los Códigos. Todo el Derecho contractual se refiere a los actos jurídicos, lo cual hizo que durante mucho tiempo este concepto estuviera como escondido detrás de la idea de contrato. Acto jurídico es igualmente el testamento, la especificación, el pago de lo indebido, el acto negligente, etc.

Es evidente que en el ordenamiento jurídico-privado que conocemos, que es el clásico y probablemente incapaz de

---

(1) Cfr. CASTÁN, "Parte General". Madrid, 1941; pág. 275 y sig.

(2) PLANIOL, "Traité élémentaire de Droit civil", novena ed. París, 1922-24; vol. 1, párrafo 264. Podría también servirnos la definición de negocio jurídico de WINDSCHEID"; "Rechtsgeschäft ist eine auf die Hervoringung, einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung" (WINDSCHEID-KIPP, "Lehrbuch". Frankfurt, 1906; vol. I, párrafo 59). Véase Nicolás COUMAROS, "Le rôle de la volonté dans l'acte juridique". París, 1931; vol. 1 págs. 15-35.

(3) Preferimos hablar de *acto jurídico* y no de *negocio jurídico*, por ser el primero un término más expresivo y menos equívoco. Creemos que la palabra *negocio* debe usarse para designar la base económica y sociológica del acto; tal es el sentido romano del *negotium* (sinónimo de *causa*).

modificación esencial en este punto, en el acto jurídico intervienen dos elementos: la *voluntad humana*, entendiendo por tal no sólo el acto volitivo propiamente dicho, sino el complejo total formado por dicho acto y sus manifestaciones externas, y la *sanción del Derecho* que le da efectos jurídicos.

Conviene precisar estos conceptos. Para ello, fijaremos primero la imaginación como un ejemplo. En Roma, en la época clásica, si Ticio le promete a Mevio por las buenas darle 100 sextercios, no ha realizado ningún acto jurídico, porque la ley no sanciona su declaración de voluntad; Mevio no podrá alegar ante el pretor la existencia de dicho pacto, porque es *nulo*. Pero si ambos celebran una estipulación con las solemnidades requeridas, surge entre ellos una *relación jurídica,* en virtud de la cual Mevio tiene *acción* contra Ticio. La ley ha sancionado el acto, convirtiéndolo en jurídico.

Una investigación positivista del Derecho se detiene aquí. Le basta comprobar, como hace, por ejemplo, ENNECCERUS, que "el Derecho Privado vigente concede al hombre un amplio poder para formar por su propia voluntad (exteriorizada) sus relaciones jurídicas, poniéndolas así en armonía con las necesidades e inclinaciones personales" (1). O lo que es lo mismo: "El Derecho objetivo regula las relaciones de la vida; pero llama también al particular a cooperar en una medida amplia a configurar sus propias relaciones de Derecho mediante negocios jurídicos, dándole la llamada autonomía privada" (2).

Y, sin embargo, "la cuestión del papel de la voluntad en el acto jurídico es para la ciencia del Derecho una cuestión primordial" (3). "On ne peut pas ne pas la résoudre" (4). Porque aquí está la base del Derecho privado, y

---

(1) "Parte general", vol. II, págs. 52-53.

(2) ENNECCERUS, "Parte general", vol. I, págs. 188-189.

(3) COUMAROS, "Le rôle de la volonté dans l'acte juridique", I, página 1.

(4) COUMAROS, loc. cit.

sobre todo de las relaciones que ha de mantener con el Derecho público. De aquí su trascendencia, que es no sólo jurídica, sino también política.

Este es el problema capital que nos vamos a plantear en las páginas siguientes, viendo si existe alguna solución *clásica* para él o, por lo menos, en qué medida *los clásicos* nos pueden ayudar a resolverlo.

II.—LA OBLIGACION Y EL CONTRATO

Decía TARDE que "la théorie des obligations est en jurisprudence ce que la théorie de la valeur est en économie politique: le problème central où l'on est ramené par toutes les pentes des discussions" (1).

En efecto: así como la fuente más importante de relaciones jurídicas es el acto jurídico, el contenido más frecuente de dichas relaciones son obligaciones correlativas a créditos, del mismo modo que los actos jurídicos más importantes son los contratos. Y particularmente en el actual sistema económico-social. Ya PUCHTA señaló como característica de la época el predominio de los derechos de crédito, llegando a decir Paúl CUCHE, con frase certera, que los Códigos modernos son "le débordement du contrat" (2).

Por ello, aunque nos referiremos al acto jurídico en general, nos fijaremos principalmente en sus efectos obligacionales. No hace falta decir que MOLINA sólo conoce los conceptos romanos de obligación y contrato, y no aquellos otros, fruto de la abstracción de los pandectistas.

También aquí empezaremos por precisar los términos. SAVIGNY define la obligación como una "dominación sobre otra persona; no sobre la persona entera (pues entonces desaparecería la misma personalidad), sino sobre actos aislados, que deben considerarse como una restricción de su liber-

(1) Cit. por DEMOGUE, "Traité des obligations en général", París, 1923 y sig.; vol I, pág. 1.
(2) Cit. por RENARD, "Le droit, la Justice et la volonté", París, 1924. La frase se refiere propiamente al "Code Napoleón".

tad y un sometimiento a nuestra voluntad" (1). Esta definición recoge el concepto más clásico de la obligación, como "iuris vinculum, quo necessitate adstringimur" (2), cuya esencia estriba "ut alium nobis adstringat" (3). Y creemos que dicho concepto es insustituíble; por más que los pandectistas se hayan esforzado en transformarlo en una relación abstracta entre patrimonios (4), sigue siendo verdadero el carácter de vínculo personal. Así escribe LAURENT: "La persona obligada se ve encadenada, lo mismo que un hombre cargado de grilletes. La persona en cuyo favor se ha ligado a dar o hacer, puede arrastrarla a los Tribunales y hacerla condenar a la prestación de su compromiso; y no se libra de esta cadena ni de estos hierros hasta que cumpla dicha prestación" (5).

Pero nos conviene llegar a un concepto técnico y perfectamente definido, caracterizando la obligación dentro del género de los deberes jurídicos. Esto lo hicieron ya perfectamente los juristas romanos, que distinguían con precisión la *obligatio* de la *actio*: "... aut cum eo *agit*, qui nullo iure ei *obligatus* est ... quo casu proditae actiones in rem sunt" (6).

Rechazaremos la característica romana del valor económico e incluso liquidez de la prestación: "... ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt" (7). Pero ella nos servirá de guía; bastará que exclu-

(1) SAVIGNY, "Le droit des obligations", II vol.; París, 1863, vol. I, página 16.
(2) I., III, 13, pr.
(3) D., XLIV, 7, 3, pr.
(4) "Mejor que una voluntad vinculada a otra se tiene un vínculo entre dos patrimonios, considerados como personalidades abstractas". POLACCO, "Della dazione in pagamento", 1888; cit. por CASTÁN, "Derecho Civil", 1942; vol. II, pág. 418.
(5) LAURENT, "Principes de Droit civil"; cit. por LOMONACO, "Delle obligazioni"; vol. I, Torino, 1924, pág. 22.
(6) I., IV, 6, 1. Como observa SAVIGNY, la técnica romana no oponía *obligatio* a *ius;* antes bien, existía un *ius obligationis*, pues *obligatio* designaba lo mismo la cara activa que la pasiva de la relación obligatoria. "Le droit des obligations", I, pág. 22.
(7) D., XL, 7, 9, 2.

yamos todos los deberes jurídico-privados relativos a relaciones familiares y sucesorias, por la especial influencia de las normas morales y de Derecho público en dicha materia, y por otra parte, los deberes correlativos a la existencia de derechos reales. Por lo demás, casi todos los razonamientos que haremos serán válidos para todo deber jurídico de contenido patrimonial; por lo cual no insistimos en la cuestión puramente técnica de caracterizar los derechos reales y crediticios, que puede verse en cualquiera de los Tratados de Derecho civil.

Podemos, en conclusión, aceptar la definición de DEMOGUE: "... situación jurídica cuyo fin es una acción o abstención, de valor económico o moral, cuya realización debe ser asegurada por determinadas personas" (1).

No necesitamos muchos razonamientos para probar la tesis del mismo DEMOGUE: "l'état d'obligé comme naturel en société (2). En efecto: los hombres se necesitan unos a otros, lo cual les lleva naturalmente a los pactos y convenios; así decía DOMAT que "el uso de las convenciones es la consecuencia natural del orden de la sociedad civil y de las relaciones que el mismo Dios establece entre los hombres".

Pero, como observa TARDE, "siempre y en todas partes, cuando dos hombres se han comprometido uno con otro, han previsto la violación posible de sus promesas y han procurado prevenirse contra tal eventualidad" (3).

Aquí vemos con claridad la esencia del vínculo obligatorio. Está bien que el dogmático SAVIGNY nos diga que lo esencial es la *prestación*, en su aspecto normal del cumplimiento voluntario, mientras que la *acción* representa algo accidental, anormal (4). Es verdad que la obligación tiene un substractum moral, de Derecho natural, independiente de toda coacción (luego trataremos más despacio este asun-

(1) Op. cit., I, pág. 16.
(2) Op. cit., II, pág. 16.
(3) TARDE, "Las transformaciones del Derecho", pág. 170.
(4) "Obligations", L, págs. 17 y 18.

to). Pero la obligación técnicamente interesante; es decir, la que justifica la existencia de jueces y abogados al lado de los sacerdotes, es la *obligación civil*, la obligación coactiva, en la cual no sólo hay un *habere debere* y un *praestare debere*, sino también un *nexum*, un encadenamiento (1)

Tenemos interés en fijar claramente este punto, para lo cual recurriremos al planteo histórico. Tomemos como modelo la obligación romana, que llegó a un maravilloso desarrollo técnico, del cual vivimos en gran parte todavía (2).

Es clásica ya la evolución trazada a este respecto por SCHUPFER (3). En una primera fase, la responsabilidad nace únicamente del delito, en el sentido de que cuando una *gens* produce un perjuicio a otra, está expuesta a su *vindicta*, que el grupo social aprueba como jurídica. No hay aquí, por tanto, *obligatio*; como dice ARIAS RAMOS, "fué preciso pactar para que surgiese la *obligatio*. Que sin tal convenio, del acto delictivo mismo saliese la obligación supuso un progreso; y, en este sentido, las obligaciones *ex delito* son una formación conceptual posterior a las obligaciones nacidas de un convenio" (4).

Pero sí es lo más probable que el delito haya dado origen al *pactum*, que, como dice ULPIANO, "a pactione di-

(1) A partir de BRINZ, puede considerarse clásica esta concepción.
Cfr.: PEROZZI, "Le obligazioni romane", Bolonia, 1913. Georges CORNIL,
"Debitum et obligatio", en "Mélanges P. F., Girard", I, pág. 199 263.
BETTI, "La struttura dell obligacione romana et il problema della sua
genesi", Camerino, 1919.
(2) PUCHTA y SAVIGNY hicieron notar la gran permanencia del es-
píritu romano en esta parte del Derecho. En frase bella, BONFANTE
observó que como Grecia nos dejó la estatua, Roma nos legó la obliga-
ción. Por lo demás, son innegables variaciones esencialísimas, sobre
todo por el espíritu cristiano del nuevo Derecho. (Cfr.: DEMOGUE, op. cit.,
página 1 y 2; RIPERT, "La règle morale dans les obligations civiles",
París, 1925; págs. 33 y 34.)
(3) "El débito y la responsabilidad", publ. en 1915 en la *Rivista
Italiana per le Scienze Giuridiche*. (Cfr. la recensión de CASTÁN en la
Revista de Derecho Privado, 1916; pág. 154 y sig.)
(4) ARIAS RAMOS, "Derecho Romano", Madrid, 1940; vol. II, pá-
gina 8, nota 9.

citur; inde etiam *pacis* nomen appellatum est" (1). Para evitar la venganza surge la *composición*, pactada entre dos gentes; su cumplimiento se asegura por medios que al principio debieron ser puramente religiosos (como el juramento) y físicos (rehenes, etc.). Al aumentar la fuerza de la comunidad, ésta se encarga de asegurar el cumplimiento. Así surge el *nexum*: "el que se obliga en una forma reconocida por la comunidad, se ve forzado por ésta al cumplimiento" (2).

Este origen gentilicio y delictual de la *obligatio* ha sido matizado perfectamente por PEROZZI (3). La *obligatio* surge como limitación a la *libertas* de una *gens*, como consecuencia de un delito o del incumplimiento de una convención (lo cual suponía también un delito). Por eso los primitivos autores romanos hablaban de *obligatio* en muy pocos casos, siempre ligados a la vida gentilicia: son las obligaciones legítimas, *ex iure civile*. En otros casos se hablaba simplemente de *teneri*, o de la existencia de *actio*. Pero luego la técnica de la época clásica generalizó y flexibilizó el concepto.

En una segunda fase, según SCHUPFER, la responsabilidad civil nace de la garantía añadida al débito, mediante un acto especial. Tal es la significación del *nexum*, en el que una persona se vincula *per aes et libram*. El responsable puede ser otra persona distinta del deudor: tal es el caso de los *vades*, de los *praedes*, del *sponsor*.

Finalmente, en una tercera fase, la responsabilidad nace directamente del débito. Si la deuda surge en forma reconocida por la ley, automáticamente nace la responsabilidad (corporal o patrimonial, según las épocas), exigible mediante acción.

---

(1) D., II, 14, 1, 1. MANENTI fué el primero que afirmó y demostró que el pactum fué un acuerdo especial, destinado exclusivamente a eliminar el ejercicio de la acción. (Cfr. su obra "Sui pacta". Siena, 1801.

(2) Cfr. MOMSEN, "Nexum", en "Zeits der Savignystiftung für Rechtsgeschichte", XXIII (1902), pág. 348; CORNIL, "Debitum et obligatio"; ARIAS RAMOS, op. cit., II, págs. 60-62.

(3) Cfr. Istituzioni di Diritto Romano", II vol., Firenze, 1908; volumen I, pág. 110.

De todo lo expuesto nos interesa sobremanera destacar un elemento. Una vez que el Estado se constituye con fuerza coactiva bastante para imponer su propio ordenamiento jurídico, surge la obligación civil propiamente dicha. Como lo esencial en ésta es el *vinculum iuris*, es en principio lógico que no todo débito vaya seguido de dicho vínculo, porque el Estado sólo lo establecerá cuando lo tenga por conveniente, y en todo caso con los requisitos establecidos. Luego veremos si el Estado debe o no hacer corresponder una responsabilidad a toda deuda; baste de momento observar el mecanismo histórico. Y la falsedad de apreciaciones por el estilo de la de ACOLLAS, cuando afirma que "en su origen, el Derecho romano de las obligaciones está corrompido por la falsa idea que hace de él el círculo en que el individuo tendrá la facultad de moverse: la ciudad es omnipotente, el individuo sólo debe obedecer" (1). No es esto: el individuo puede pactar lo que le parezca; ahora que la comunidad exige para que el pactante quede obligado, con las gravísimas consecuencias que esto tiene, una causa suficiente.

Pero no anticipemos el desarrollo de las ideas. Baste observar el fenómeno histórico de que los requisitos para considerar civilmente obligada a una persona están en razón inversa de la intensidad del vínculo obligacional y de la gravedad de sus consecuencias. No es lo mismo que el deudor se vea expuesto a ser partido en pedazos, que la perspectiva de una simple responsabilidad patrimonial, con beneficio de competencia y toda clase de facilidades procesales para preparar la insolvencia.

Prosigamos en nuestra tarea previa de fijar conceptos, para la mayor claridad del discurso posterior. Idea clave en nuestro desarrollo, y de las más importantes de la teoría jurídica, es la de *contrato*. Nuestro estudio — como el de MOLINA—se va a referir principalmente a este concepto, por lo que ahora nos vamos a limitar a la cuestión termi-

---

(1) ACOLLAS, "Manuel du Droit civil". Cit. por LOMONACO, op. cit., I, página 4.

nológica, dejando para más adelante la histórica, dogmática y crítica.

Creemos que para la mayor claridad y precisión en este punto, la vetusta técnica romana sigue siendo insuperable. Hay dos ideas diferentes: la de *pacto* o *convención*, y la de *contrato*. El pacto (*pactum* o *pactio*) es "duorum pluriunve in idem placitum et consensus" (1); "duorum consensus atque conventio" (2). Supone, pues, el acuerdo de dos o más voluntades, relativo a las relaciones jurídicas de los pactantes, logrado mediante declaraciones externas.

Ulpiano nos describe maravillosamente el aspecto fenoménico del pacto: "Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt; nam sicuti conveniri dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est" (3).

Es decir: en el pacto, dos personas llegan a una fórmula (una transacción, en sentido lato) que ambas dan por válida para arreglar sus relaciones jurídicas, en cuanto está de su parte. O, en términos más positivistas, llegan a una solución lo más favorable posible a sus intereses respectivos.

Ahora bien: es un hecho que no siempre el pacto logra su fin. Puede ocurrir, en primer lugar, que no pueda probarse su celebración, con lo que si uno de los pactantes se niega a cumplirlo, serán nulos sus efectos jurídicos, aun en el sis-

(1) Ulpiano, en D., II, 14, 1, 2.
(2) Ulpiano, en D., L, 12, 3 pr.
(3) D., II, 14, 1, 3.

tema más espiritualista (1). Pero, y esto es más importante, casi todos los ordenamientos jurídicos exigen para sancionar los pactos, ya requisitos de solemnidad, ya de causa, etc. Y, por último, es sumamente útil llegar a un concepto técnico del contrato, paralelo al que establecimos antes de obligación.

En este sentido, como dice Savigny, el contrato es el "acuerdo de varias personas en una misma manifestación de voluntad, de la cual ha de resultar una obligación entre ellas" (2). O más brevemente, es la *convención obligatoria*.

Pero, entiéndase bien, *efectivamente obligatoria*. Observa el genial Bonfante que etimológicamente *contraer* no hace alusión a voluntad, sino a "un vincolo, una relazione duratura" (3). Así hablamos (desde el latín a todos los idiomas romances) de *contraer una enfermedad*, de *contraer amistad*, etc. En latín se hablaba de *contrahere populos, pugnam*, etcétera; *contrahere gratiam, morbum*, etc.; *contrahere delictum, crimen*, etc.; lo mismo que *contrahere negotium, emptionem*, etc.

Más aún: la palabra latina *contractus*, en sentido técnico (que sólo muy tarde aparece en los autores; cfr. Bonfante, loc. cit.), procede de *negotium contractum*, que por evolución lógica se redujo al segundo término. El contrato es un resultado; aunque supone siempre en su base un pacto, pero no sólo éste, sino, además, la sanción legal que le concede su efecto obligatorio (4).

Por eso juzgamos perfecta la definición del contrato que da el ilustre humanista italiano: "L'acordo di due o piú per-

(1) Y no vale decir que esto es mezclar el Derecho sustantivo con el adjetivo. Se discute el hecho, no su conceptuación; bastando esto sólo para que se pudiera distinguir dialécticamente el pacto del contrato.
(2) Savigny, "Obligations" II, pág. 142.
(3) Bonfante, "Il contratto e la causa del contratto", en "Riv. del Diritto Commerciale", 1908, I, págs. 115-125.
(4) Continuamos hablando en el terreno del ser; luego discutiremos la cuestión en el reino del deber ser.

sone diretto a costituire un rapporto obligatorio, dalla legge riconosciuto" (1).

Podrá ciertamente ocurrir que un legislador, como hizo el Ordenamiento de Alcalá, declare que todo pacto tenga, sin más, efectos obligatorios. Pero también aquí existe la sanción legal, dada de un modo genérico a todos los convenios que puedan probarse ante los Tribunales; lo cual confirma precisamente nuestra tesis.

Ahora ya se verá claro el problema capital de toda la teoría del acto jurídico, y en particular de la teoría del contrato: que si se plantea bien sirve para unificar multitud de cuestiones aparentemente inconexas, por falta de claridad suficiente en los principios. Tales son el problema de la autonomía de la voluntad privada; el problema de la causa en las obligaciones y, en general, en los actos jurídicos; el problema de las llamadas buenas costumbres; la cuestión de las obligaciones civiles y naturales, etc. Y probablemente esta cuestión, generalizada, es la misma de las relaciones entre el Derecho y la Moral, o el Derecho natural como el Derecho positivo.

Nosotros la vamos a plantear en estos términos: intervención y eficacia de la voluntad humana en el orden jurídico privado; procurando realizar, o al menos apuntar en la medida de nuestras fuerzas, la inserción de las demás cuestiones enumeradas en nuestro desarrollo.

Desenvolveremos la doctrina en dos partes: histórica y dogmática, presentando primero el problema en su unidad y brindando como posible solución una teoría general de la *causa jurídica*. A continuación trataremos brevemente las cuestiones conexas, aplicando los principios establecidos, con carácter ya más bien técnico.

Mas antes queremos terminar el planteo de supuestos previos, con una breve exposición de lo que suele pasar por doctrina clásica en este tiempo, y que ciertamente es la que

(1) BONFANTE, "Istituzioni di Diritto romano"; Firenze, 1896, página 279.

en gran parte inspira los Códigos burgueses vigentes, que ha de ser la base de toda crítica posible.

III.—AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

Ya hicimos una breve alusión a esta doctrina seudoclásica al plantear el problema del acto jurídico, tal como suele ser expuesta por la moderna ciencia positivista. Así dice VON TUHR: "La ley, al admitir estos actos o negocios jurídicos y sancionar—dentro de ciertos límites—los efectos apetecidos por las partes, reconoce a los sujetos de Derecho la posibilidad de reglamentar por sí mismos sus relaciones. Sobre esta posibilidad, a la que puede darse el nombre de *autonomía privada*, descansa nuestro régimen económico y jurídico; régimen que, a pesar de las corrientes de socialización (1), cada vez más acentuadas, sigue teniendo un carácter marcadamente individualista" (2).

Como se ve, el gran civilista alemán se limita a comprobar el hecho de la autonomía privada, relacionándola en cierto modo con el individualismo. Pero la cuestión necesita un análisis más profundo.

Una de las críticas más certeras y comprensivas de la teoría en cuestión es la realizada por Nicolás COUMAROS en el vol. I ("Etude critique de la conception classique") de su obra "Le rôle de la volonté dans l'acte juridique" (3). Distingue este autor en Derecho privado dos teorías paralelas: la teoría francesa de "l'autonomie de la volonté" y la "Willenstheorie" alemana; haciéndolas correlativas de la teoría de la *voluntad colectiva* en Derecho público. El conjunto de las tres doctrinas forma lo que él denomina "teoría dinámica de la voluntad" o "teoría voluntarista" (pág. 13-14).

(1) "La socialización del Derecho no es la desaparición del individuo, sino su protección, al mismo tiempo que la salvaguardia del interés general" Nicolás PENESCO, "Límites à l'exercice du Droit contractuel"; París, 1923; pág. 32.

(2) A. von TUHR, "Tratado de las obligaciones", II vol. Madrid, 1934; I, pág. 101.

(3) París (Sirey), 1931.

Concretándonos al orden privado, COUMAROS cree que la teoría de la autonomía de la voluntad postula lo siguiente:

"1.º Que la voluntad individual tiene una misión creadora en el acto jurídico, una fuerza de creación, siendo ella la que causa el efecto de Derecho que surge como consecuencia del acto jurídico.

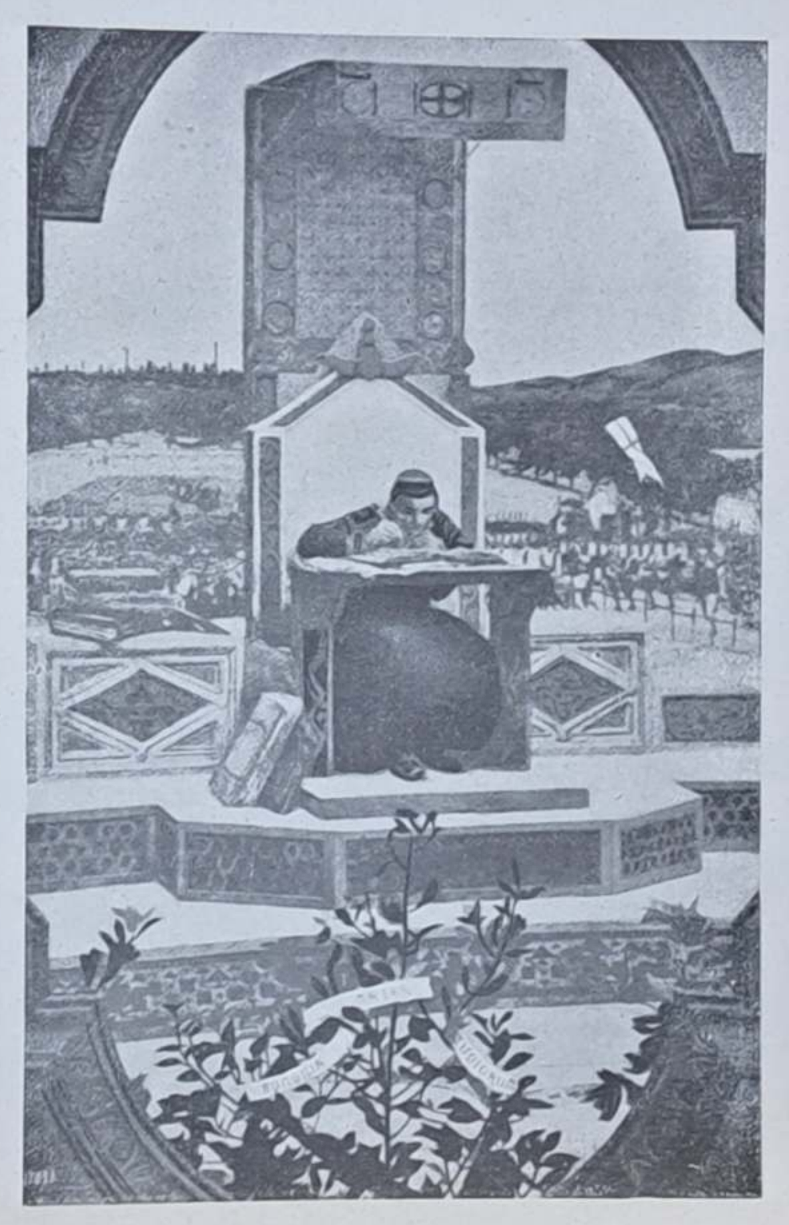
2.º Esta fuerza creadora de la voluntad es inicial e inherente a la naturaleza de la voluntad individual; y esta originalidad de la fuerza de voluntad es lo que constituye su autonomía." (1)

La "Willenstheorie" sólo se diferencia aparentemente por un matiz, si bien es de la mayor trascendencia (2). Según COUMAROS, esta teoría (cuyos padres son principalmente SAVIGNY y WINDSCHEID) "reconoce a la voluntad el poder de crear derechos subjetivos. Pero esta fuerza de la voluntad individual no es originaria en modo alguno, ni inherente a la naturaleza de la voluntad, sino que es una fuerza secundaria, concedida por la ley, es decir, por la voluntad del legislador" (3). Así dice ENNECCERUS: "La fuerza creadora sólo puede fundarse en el Derecho objetivo, pues los efectos jurídicos que el hombre intente producir por su propio y exclusivo poder carecerán del reconocimiento de la voluntad colectiva y, por tanto, no serán efectos jurídicos" (4).

A decir verdad, ambas teorías tienen distinto origen, y si se asemejan en la práctica es más bien por inconsecuencia. Parten de una base común, la de considerar el Derecho subjetivo como un poder de la voluntad (*Willensmacht oder Willensherrschaft*), en cuya creación lógicamente ha de intervenir la voluntad misma.

Pero la doctrina francesa se basa en los principios del 89: estado de naturaleza, derechos innatos e imprescriptibles, li-

(1) Loc. cit., pág. 46.
(2) No se trata aquí de la "Willenstheorie", en cuanto se opone este término a la teoría de la declaración (*Willenserklärung* o *Verkehrs-Vertrauenstheorie*).
(3) Loc. cit., pág. 64-65.
(4) ENNECCERUS, "Parte general", I, pág. 189.



Irnerio, padre del Derecho común de Occidente.

bertad natural que consiste en "poder hacer todo lo que no perjudique a otro". "Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por la ley" (1). De este modo, el Estado y la ley no son más que un límite al libre desenvolvimiento de la voluntad de cada uno, para que no entorpezca a los demás. Por eso, la fuerza jurídica y creadora de la voluntad es originaria.

En Alemania, por el contrario, si bien se infiltran el individualismo y el liberalismo, el Estado conserva su lugar. Y desde HEGEL no hay dudas: no hay derechos anteriores al Estado, sino que el Estado es el creador del Derecho. Por eso es él quien concederá o no una autonomía mayor o menor para realizar sus fines, siempre dentro del fin superior, que es la realización del *espíritu objetivo*.

Pero decíamos que por inconsecuencia ambas doctrinas llegaron a ser casi análogas en la práctica. Efectivamente, el "bürgerliches Recht" fué tan liberal e individualista como el "Droit civil". Así surgió esa doctrina seudoclásica, verdaderamente común e internacional, básica en todas las Constituciones y Códigos burgueses, que DEMOGUE caracteriza perfectamente, ya de un modo más concreto, en los puntos siguientes:

1.° Los particulares pueden otorgar toda clase de actos jurídicos con plenos efectos civiles, sin más límites que el orden público.

2.° Los efectos de dichos actos son los queridos precisamente por las partes.

3.° En principio, lo esencial es la voluntad interna; la declaración no es más que un simple ropaje exterior (2).

4.° Por consiguiente, el juez se limita a investigar la voluntad presunta de las partes. No *decide*, sino que *busca*.

---

(1) "Déclaration des droits de l'homme", art. 4.
(2) Este principio llegó a tener importantes limitaciones. Véase más adelante.

5.º Sólo las partes, de común acuerdo, pueden modificar los efectos jurídicos del propio acto.

6.º Dígase lo mismo en particular por lo que toca a la extinción de sus efectos.

Para fijar más aún el cuadro, nos bastará añadir que, sin duda alguna, ésta era la concepción de conjunto que, consciente o subconscientemente, tuvo el legislador español de 1889. Así lo establece en dos artículos fundamentales: el 1.091, donde dice que "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos"; y el 1.255: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público." Si bien, afortunadamente, en España se conservó siempre una sólida concepción cristiano-romana del Derecho, que hace susceptibles de fructuosa adaptación—provisional—aun los artículos de un Código liberal (como veremos más adelante).

Vamos, como prometimos, a intentar hacer la crítica y posible adaptación de esta doctrina, a la luz de lo clásico. Pero observemos antes la violenta reacción que de unos años a esta parte se ha iniciado como consecuencia de los movimientos político-sociales que convulsionan a la vieja Europa.

Tomaremos como módulo la tendencia más extremada, tal como se refleja en los trabajos de la "Academia para el Progreso del Derecho alemán", preparatorios al futuro "Código del pueblo" (1). PÉREZ SERRANO piensa, al hablar de ello, en la "grandeza y servidumbre del contrato" (2).

En efecto, salvo algún autor conservador, como MANIGK, que defiende, al menos en principio, la pervivencia del

(1) Cfr. L. W. HEDEMANN, "Los trabajos preparatorios del Código del pueblo alemán", en "Revista de Estudios Políticos", 1941 (I), página 269 y sig.; Nicolás PÉREZ SERRANO, "La reforma del Derecho privado en Alemania", en "Revista de la Facultad de Derecho de Madrid", 1941; Miguel FENECH, "La posición del juez en el nuevo Estado", Madrid, 1941, y los interesantes artículos de Pedro ROCAMORA en la "Rev. de Derecho Inmobiliario", sobre la crisis del contrato (1943).

(2) Loc. cit., conclusión (núms. 6-7), pág. 14.

contrato, el concepto ha sufrido rudos ataques incluso por lo que toca a su validez lógica. Pero todos coinciden en el abandono de la teoría de la autonomía privada; ya, como dice LARENZ, porque "las limitaciones no se imponen desde fuera, sino que la libre contratación está en sí misma de antemano limitada" (1); o porque desde un punto de vista cercano al socialismo, como afirma STOLL, "el fin del contrato debe ser una igualación compensatoria" (2); reconociendo el mismo MANIGK que "en todo contrato ha de darse un elemento común de confianza" (3).

Se llega a la conclusión de que en todo contrato ha de existir, no sólo la relación obligatoria, sino también la llamada confianza, de donde se derivan mutuos *deberes de protección* (*Schutzpflichte*). En virtud de esto, "se tendrán por no escritas las obligaciones cuando se hubiesen contraído por inexperiencia o por una situación de agobio económico. También se consigna el deber de indemnizar por la falta al *deber de amparo*" (4).

Se han cambiado, pues, las tornas. Si antes era una herejía negar, a lo menos en principio, la libertad contractual y la autonomía privada, hoy, en principio, el alemán es un simple *fiduciario* de la comunidad.

De la tendencia italiana, menos revolucionaria, trataremos más adelante. Baste, de momento, consignar la oportunidad de una seria revisión de estos principios, a la luz del fuego eterno de *lo clásico*.

(1 y 2) Loc. cit., pág. 17.

(3) PÉREZ SERRANO loc. cit., pág. 17.

(4) Loc. cit., pág. 18.



CONSIDERACIONES HISTORICAS

1.—LA LLAMADA EPOCA DE LA LIBERTAD PRIMITIVA

"En Droit plus qu'en toute autre science, una régle ne s'explique que par son origine" (1). En general, en todas las ciencias humanas la historia de la cuestión es un presupuesto indispensable para su adecuada comprensión y, finalmente, para su resolución acertada.

No necesitaremos, por lo demás, hacer un estudio minucioso de todas las instituciones jurídicas relacionadas con la teoría del acto jurídico. Nos referiremos especialmente al contrato, cómo caso típico, en cuanto su historia nos aclare el problema planteado. Asimismo limitaremos el campo de estudio al Derecho romano occidental.

Pero no podemos omitir la cuestión relativa a la sedicente *época de la libertad primitiva*. En efecto, están ya lejos los tiempos en que la cuestión del "estado de naturaleza" era una simple fábula romántica, de trascendencia más o menos oratoria. La cuestión ha sido planteada científicamente; y precisamente respecto del problema que nos ocupa lo ha hecho una de las más capaces mentalidades de la ciencia jurídica contemporánea: HAURIOU.

Y ello nos interesa tanto más, cuanto es indudable que el error es más especioso cuando va acompañado de la verdad. El sabio decano de Toulouse, en efecto, a pesar de su poderoso talento *clásico*, sólidamente formado en la filoso-

---

(1) Roger MICHEL, "Essai sur le domaine de l'autonomie de la volonté dans les conflits de lois rélatifs aux contrats"; Marseille, 1933, página 12.

fía cristiano-tomista, y disciplinado en su ingente labor de *arretista* y maestro de Derecho público, no pudo evitar ciertos resabios demoliberales, muy explicables por la época y el medio, que a veces desdibujan sus sólidas concepciones.

Así en el caso que nos ocupa. Veamos previamente su doctrina (1). HAURIOU cree científicamente probada la existencia de una época, diferente según los lugares y las circunstancias, por la que pasaron los primeros grupos humanos, con las siguientes características desde el punto de vista social: "Antes de solidificarse la sociedad en forma de instituciones, los hombres gozaban de la mayor autonomía; tenían la libertad absoluta de movimientos, sin que la limitara ningún poder social ni ninguna apropiación de tierras. Para los primeros grupos humanos, que eran poco numerosos, los terrenos productivos, los espacios dedicados a la caza o la pesca eran prácticamente ilimitados; únicamente tenían que luchar contra los obstáculos naturales, o prevenirse del peligro de las fieras. Tenían, sobre todo, la libertad de no hacer nada; la obligación del trabajo no pesaba sobre ellos; sus necesidades se reducían al minimum, y los productos naturales de la tierra bastaban para satisfacerlas. No había instituciones porque no eran necesarias: sólo nacieron cuando, habiéndose hecho sentir la escasez de los productos naturales, fué preciso proceder a la subsistencia mediante las ocupaciones más regulares y mediante el trabajo..." (2).

Ahora bien: "Es de suponer que los hombres primitivos no vivieran en el interior de una institución social de carácter político (prescindimos de la familia, cuestión que merece reservarse, o, si se quiere, nos referimos sólo a los jefes de familia); se encontraron unos frente a otros en situación que podríamos calificar de internacional, siendo soberanamente autónoma" (3). Por consiguiente, como no hay un órgano superior (lo mismo que ocurre hoy entre Es-

(1) HAURIOU, "Derecho público y constitucional", pág. 19-26.
(1) HAURIOU, loc. cit., pág. 21-22.
(3) Loc. cit., pág. 23.

tados), "cada cual se hace justicia a sí mismo" (1), sometiéndose en todo caso a un arbitraje.

Pues bien; el Estado, cuando surge, afirma frente al derecho subjetivo el derecho objetivo, afirmando un nuevo principio: "nadie tiene el derecho de hacerse a sí mismo la justicia" (2); pero "todo lo que es extrajurisdiccional ha continuado perteneciendo, en principio, a la libertad, la cual, por su parte, sigue creando Derecho, bien por la vía del contrato, bien por la declaración unilateral de voluntad. Así, el viejo río del derecho subjetivo continúa corriendo paralelamente al del derecho objetivo..." (3).

Vemos, pues, cómo HAURIOU hace una brillante demostración de lo que denominamos teoría de la autonomía de la voluntad, en base al fenómeno de la libertad primitiva. Con el máximo respeto a su autoridad, haremos, no obstante, algunas observaciones.

En primer lugar, es cierto que la moderna Historia y Sociología han demostrado, no sólo el escaso desarrollo político de los primeros grupos humanos, sino incluso la existencia actual de los llamados *pueblos primitivos*, en que este carácter es palmario. Pero el mismo HAURIOU se ve obligado a reconocer en todo caso "la condición de adaptarse a los procedimientos consuetudinarios mediante la observancia de las reglas procesales" (4), pues de otro modo el principio de la justicia por sí mismo sólo conduciría al derecho del más fuerte. Y aquí está precisamente la cuestión: mientras los primitivos, todavía cerca de la tradición primera conservaron un elevado espíritu religioso y moral (5),

(1) Loc. cit., pág. 24.
(2) Loc. cit., pág. 24.
(3) Loc. cit., pág. 25.
(4) Loc. cit., pág. 24.
(5) No podemos, evidentemente, entrar en el desarrollo de este punto, definitivamente esclarecido desde la Escuela histórico-cultural, y en particular desde Guillermo SCHMIDT. El *primitivo* no es un antropoide, un *pitecanthropus*, sino un ser que, atrasadísimo en cuanto a la civilización material, tiene una elevada cultura religioso-moral; es monoteísta, conoce el espíritu humano, la remuneración del bien y del mal, etc. El Derecho natural puro (que no es voluntarista, como quiere HAURIOU, sino racional) excluye en este caso la más mínima forma de Derecho positivo.

los conflictos de intereses—por lo demás muy escasos, dada la misma facilidad y sencillez de su vida—se resolvían por un pacífico arbitraje de los ancianos de la tribu; cuando la complicación de la vida y la degeneración moral hicieron que esto no bastase, surge automáticamente el poder político, en su forma más rudimentaria. Y si, efectivamente, en un principio se limita al arbitraje, en seguida empieza la *cognitio*, y, finalmente, la creación de un ordenamiento jurídico positivo. Todo lo cual veremos más despacio en el ejemplo egregio de Roma.

En segundo lugar, el escamoteo de la cuestión familiar es totalmente improcedente, ya que precisamente de aquí podemos tomar pie para otra objeción capital. Del mismo modo que el cabeza de familia es soberano, y dicta el derecho en la familia, así también al organizarse esa comunidad jurídico-política que es el Estado se absorben todos los órdenes jurídicos familiares en otro mayor y más comprensivo. Tal es también el caso típico y sumamente instructivo de Roma: el *pater* crea Derecho subjetivamente mientras es un verdadero Jefe de Estado, y precisamente en cuanto tal; pero cuando se organiza una superestructura política, una *res pública*, ésta le reduce al papel de súbdito, y se termina su legislación con su soberanía. En este sentido se ha de entender la frase de IHERING: "El antiguo Derecho se basaba en el principio de la voluntad subjetiva Según este principio, el individuo es el fundamento y la fuente de su propio derecho; él es su propio legislador. Sus disposiciones tienen en la esfera de su poder idéntico carácter que las del pueblo en la suya. En ambos casos se trata de *leges;* en el primero, de *leges privatae;* en el segundo, de *leges publicae*" (1). No es el individuo, porque un hijo de familia no puede contratar, aunque tenga cuarenta años; en cambio, el cabeza de familia puede matarle, si lo cree conve-

(1) IHERING, "L'esprit du Droit romain"; cit. por HAURIOU, loc. citada, pág. 24, nota 1.

niente, o venderle como esclavo; pero precisamente por eso, porque *legisla* al hacerlo así.

Por eso es tan sugestiva y tan adaptada a la realidad la teoría de Jorge DEL VECCHIO (1). Los sistemas jurídicos adquieren la positividad por grados, absorbiéndose los unos a los otros en un proceso de integración cada vez más comprensiva: la familia es integrada en la *gens*, ésta en la tribu, la tribu en el Estado, etc. Y de este modo el Estado es "il sistema giuridico avente el maggior grado di positività".

Y baste lo dicho sobre esta cuestión, nada bizantina por cierto, y que aclara las ideas sobre varios puntos de importancia.

II.—ROMA

¡Oh Roma! Recibe, patria eterna del Derecho, el saludo de un discípulo humilde de los CICERONES, PAPINIANOS y PAULOS.

No hace falta encarecer el estudio del Derecho romano y de su Historia. Es ya un tópico que si alguna Historia es digna de estudiarse, la de Roma ocupa el primer lugar, por su valor humano y formativo y, sobre todo, porque la conocemos completa: es un círculo grandioso que se cierra sobre sí, desde Rómulo a Justiniano (2).

Algo hemos dicho ya al tratar del concepto de obligación, e incidentalmente en otros lugares. Ahora vamos a tratar orgánicamente la cuestión de cómo evolucionó en Roma el poder de la voluntad para producir efectos jurídicos, particularmente obligacionales.

En la primera fase, "época del campesino", como dice

(1) "La crisi dello Stato", en "Riv. Int. di Filosofia del Diritto", 1933. Trad por BENYTO e incluído en "El Estado nuevo", 1939.

(2) Cfr. FUSTEL DE COULANGES, "La cité antique", París, 1886; Ettore PAIS, "Storiz du Roma", 2 vols., Turín, 1898-99; MOMMSEN, "Historia de Roma", Madrid, 1877 sig.; MOMMSEN y MARQUARDT, "Marcuel des antiquités romaines", trad. de Gustavo HUMBERT, 10 vol.; IHERING, "L'esprit du Droit romain", 4 vol. París, 1877-78; Robert VON MAYR, "Historia del Derecho romano", trad. ROCES, 2 vol., Barcelona, 1931; CASTILLFJO, "Historia del Derecho romano", Madrid, 1935 (véase la abundante bibliografía citada en esta obra).

Rodolfo SOHM, "la tierra manda" (1). El Derecho "es severo, grávido, preciso en la forma y pobre todavía en negocios jurídicos. Es ya Derecho civil, basado en el principio de la libre propiedad y de libre comercio; mas sobre él pesa aún el primitivo aire de mezquindad y angostura aldeanas" (2).

Es ya, por de pronto, un Derecho laico. Los romanos, "religiosísimos entre todos los mortales", dejan traslucir en todas sus instituciones un primitivo origen religioso; y así dice COLLINET, por ejemplo, que "en la historia más antigua de la *stipulatio*, o, mejor, de la *sponsio*, un punto parece definitivamente adquirido: su *carácter religioso*" (3). Y lo mismo cabría decir en multitud de otras instituciones, singularmente procesales, celosamente guardadas por los Pontífices, aun en la época histórica. Pero lo cierto es que el Derecho romano, desde que lo conocemos históricamente, es un Derecho civil, estatal. CORNIL hace notar a este respecto la frecuencia con que gente de la más bellaca extracción, como los *lenones*, hacen constantemente uso del juramento religioso en las comedias de PLAUTO, lo cual prueba su total ineficacia civil (4).

En cambio, desde el punto de vista político, el primitivo Derecho quiritario está todavía en una fase de transición. La *res publica* o, mejor, el *populus romanus*, no ha absorbido aún del todo, ni mucho menos, la antigua familia. Nos referimos, claro es, en cuanto esta familia representa un Estado dentro del Estado, situación de equilibrio jurídico inestable, que tiene necesariamente que inclinarse a un lado o a otro. Es falso que no haya nada fuera del Estado; pero, en cambio, es verdad que dentro de un verdadero Estado no puede haber otro Estado.

La consecuencia era que el único sujeto de Derecho pri-

(1) "Instituciones", pág. 34.
(2) SOHM, loc. cit., pág. 35.
(3) Cfr. "Mélanges Gérardin", pág. 75-86.
(4) CORNIL, "Debitum et obligatio".

vado fuese el *paterfamilias*. Soldado y agricultor, soberano en el círculo impenetrable de la *domus*, todo lo que entra en ella le pertenece por accesión. Las relaciones jurídicas con los demás *patres* presentan aún cierto carácter internacional, pero siempre bajo el arbitraje del Estado.

La relación jurídica más importante es el *dominium ex iure Quiritium*, sobre la tierra (*domus, ager privatus*), sobre la esposa (*uxor in manu*), sobre los hijos (*liberos in potestate*), sobre los esclavos (*mancipia*) y las demás *res mancipi*. Para regular las interferencias con otras esferas de dominio, surgen desde época muy antigua las servidumbres rústicas (*iura praediorum rusticorum*), que ya tienen un marcado carácter *político*, como observa ARNO (1), pero que son en un principio un objeto más del dominio.

La transmisión del dominio es algo excepcional; el comercio propiamente dicho apenas existe en este sistema de economías naturales cerradas. Sólo puede tener lugar por medio de un acto jurídico solemne: la *mancipatio*, venta solemne *per aes et libram* ante el *libripens* y cinco testigos, todos *cives Romani* y púberes (2). La comunidad ha de saber quién posee y quién no, porque las cargas del Estado varían según las *facultades* de cada uno.

En esta situación jurídico-social, la relación obligatoria no pudo tener otro origen que el expuesto anteriormente. El contrato, como acto obligatorio, es en un principio la forma que la comunidad considera suficiente para considerar obligado a un individuo en favor de otro. Tal es el origen del más importante de los contratos romanos: la *stipulatio*, al principio denominada *sponsio*. Como argumenta perfectamente COLLINET, ésta no pudo empezar siendo lo que fué después, un "molde de contratos", por la sencilla razón de

(1) Carlos ARNO, "Las servidumbres rústicas y urbanas"; trad. POSADA; Madrid, S. A.
(2) COLLINET, "Etudes historiques sur le Droit de Justinien", París 1923; STINTZING, "Über die Mancipatio", Leipzig, 1904; GIRARD, "L'auctoritas et l'actio auctoritatis", en "Mélanges de Droit romain", II, París, 1923.

que entonces no los había, ni hacían falta. Como toda institución jurídica, empezó con una finalidad muy concreta, que luego la *interpretatio* fué generalizando a supuestos distintos, hasta construir un concepto general y abstracto. "El objeto originario de la *sponsio* tuvo que ser... la promesa hecha de pagar a otra persona una suma de dinero, que representara el total de la composición pecuniaria debida a dicha persona, como consecuencia de un delito" (1).

Así se explica también el origen del *nexum*. En una economía natural es muy difícil suponer un préstamo en dinero, fuera precisamente del supuesto anterior: la composición. Por eso ha caído la teoría de HUSCHKE (2), concibiendo el famoso acto jurídico *per aes et libram* como un préstamo en cierto modo público, acompañado de una *damnatio* especial, que le haría directamente ejecutivo (3). En realidad, como probó magistralmente MITTEIS (siguiendo a NIEBURH y MAYNZ) (4) el *nexum* no crea la deuda, sino que la supone; la deuda procede de una composición, y el *nexum* es una autopignoración del deudor, e incluso a veces de su familia. BONFANTE cree que era una verdadera *mancipatio* del deudor, de efectos inmediatos.

Pues bien; de esta primitiva pobreza de formas, el Derecho romano se elevó a la más maravillosa técnica obligacional. Observemos de momento la comprobación de una de nuestras afirmaciones: cuando la obligación trae consecuencias muy graves, la comunidad exige enorme publicidad y solemnidades extraordinarias. Nadie se obliga por su sola voluntad.

Pronto el desarrollo de la vida económica y social plan-

---

(1) COLLINET, "Mélanges Gérardin", pág. 69.
(2) HUSCHKE, "Über das Recht des Nexum und das alte römisches Schuldrecht", Leipzig, 1846; GIRARD, "Manuel", 7.ª ed., pág. 500 y sig.
(3) MOMMSEN destruyó la importancia que se atribuía a la fórmula *damnas esto*. Cfr. "Nexum", en "Zeits. der Savignystiftung", XXIII (1902), pág. 348.
(4) MITTEIS, "Über das "Nexum", en "Zeits. des Savignystiftung", XXII, 1901, pág. 96 sig. Véase bibliografía de SOHM, op. cit., pág. 43, nota 1.

tea nuevas necesidades. Y, sin embargo, el conservador y sabio pueblo romano se mantiene tenazmente apegado a sus viejas formas (1). Pero la *interpretatio* fué adaptándolas maravillosamente; por los resquicios de la *nuncupatio*, de la *in iure cessio*, de la *fiducia*, etc., fueron introduciéndose innumerables figuras nuevas en el escenario jurídico.

De este modo surgen "una serie de actos de crédito, que participan de la naturaleza de los *bonae fidei negotia*, que irradian todos de la fiducia y se celebran *re*, es decir, mediante la entrega de una prestación" (2). Así entran en el campo del Derecho una serie de actos que antes habían de celebrarse en base exclusivamente a la buena fe (3), como la prenda, el depósito, el comodato, el mandato, el arrendamiento, etc. Estos contratos llegarán más tarde a individualizarse, a ser nominados, y formarán en su mayoría el grupo de los contratos reales, que no se perfeccionan por el pacta, sino *re*, por la entrega de la cosa.

Otro contrato formal y público, parecido a ciertas formas de nuestro Derecho mercantil, y que surge relativamente pronto en el Derecho romano, es el *contrato literal*, basado en las *transcripciones* en los *códices accepti et expensi* (4).

Pero el contrato más interesante de todo el sistema contractual romano es, sin duda alguna, el *contrato verbal* o *stipulatio*. En él, verdadero molde de contratos, está la cifra y compendio del espíritu romano en materias de obliga-

---

(1) Cfr. IHERING, "L'esprit du Droit romain", vol. III, pág. 109 sig.
(2) SOHM, op. cit., pág. 51.
(3) Hablamos en términos positivistas, porque así conviene por ahora, para mayor claridad. Luego hablaremos de las conexiones con la Moral y el Derecho natural.
(4) Cfr. BUONACI, "Sulle litterarum obligationes dell'antico Diritto romano", en "Archivo Giuridico", XVI (1876), pág. 3 sig.; APPERT, "Essai sur l'évolution du contrat litéral et sur la place qu'il a tenue chez les Romains", en "Revue Historique", 1932, IV, pág. 619.

ciones. Es el acto jurídico por excelencia del Derecho clásico; su evolución es la del Derecho romano (1).

A partir del descubrimiento de los fragmentos gayanos de El Cairo (2) ha caído por su base la antigua teoría de que la *stipulatio* derivase del *nexum* (sostenida por SAVIGNY, SUMNER MAINE, MAYNZ, etc.; cfr. ARIAS RAMOS, op. cit., II, págs. 63-64). GAYO nos dice que las XII Tablas disponían ya el empleo de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* respecto de "eo quod ex stipulatione petitur". Lo cual confirma nuestra tesis de que éste debió de ser el contrato más antiguo, y su origen. La *sponsio* surge en la época prehistórica del Derecho romano, cuando éste era aún religioso (FESTO nos dice que se hacía con "interpositio rebus divinis"), para vestir el pacto que evitaba una guerra privada, mediante la composición.

Por lo demás, es claro que el primitivo carácter de la *sponsio* no fué el de un acto estrictamente obligatorio en el sentido moderno de la palabra. La obligación del "vas" o del "praes" consiste propiamente en que su cuerpo está sometido a un derecho muy parecido al dominio. El contrato literal aparece, al fin, en su forma pura cuando se separa de sus orígenes penales y procesales y, sobre todo, a partir de la revolución causada en el sistema obligacional por la *lex Poetelia*.

Como es sabido, en la época clásica es el tipo perfecto del contrato formal y abstracto (3). Sólo pueden celebrarlo los *cives*, moralmente y empleando la fórmula solemne:

(1) Cfr. MITTIS, "Über die Herkunft der Stipulation", en Festschr. für E. J. BEKKER, 1907, pág. 111 sig.; HUVELIN, "Stipulatio, stips et sacramentum, en "Studi in onore FADDA", 1906; RICCOBONO, "Corso di Diritto romano", Milán, 1935; ARIAS RAMOS, op. cit., II, pág. 63-70.

(2) ARANGIO RUIZ, "N.° 1.182. Frameti di Gaio", publ. por la "Sociedad italiana para la búsqueda de papiros", Florencia 1933; COLLINET, "Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius", en "Revue Historique", 1933.

(3) Como dice GIRARD, "El contrato existe por sí mismo, independientemente de las razones que lo hacen concluir; es, como se ha dicho, un cuerpo simple, un cuerpo abstracto".

Spondes...? Spondeo. Se exige la presencia de ambas partes, la unidad de actos y la congruencia perfecta entre pregunta y respuesta. Aunque al principio sólo se podrían estipular las cantidades en dinero, después se admitió la estipulación de cualquier *res certa*.

De este modo la *stipulatio* servía como *molde de contratos*, para dar vida jurídica a los pactos más variados. La jurisprudencia fué ampliando y dando elasticidad al contrato, permitiendo primero el empleo de otros verbos para hacerla accesible a los peregrinos (*fidepromittere, dare, facere*, etc.); después, el empleo de lenguas extranjeras con el mismo fin, etc.

El golpe más grave fué la transformación práctica de la *stipulatio* en un contrato escrito, por la costumbre de redactarla en documento. "La *stipulatio* era siempre considerada como acto solemne oral—dice RICCOBONO—pero... la escritura introducida como complemento de la *stipulatio* debía necesariamente llevar en la práctica a la creencia de que las palabras redactadas por escrito tenían valor superior a las pronunciadas (1). De aquí que fueran decayendo los requisitos de la presencia de las partes, de la unidad de acto, de la congruencia, etc. MOLINA expone muy bien la trascendencia de esta evolución (véase la disp. 254).

Sobre todo, como dice ARIAS RAMOS, la raíz del vigor de la estipulación pasó, en realidad, de las palabras al *consensus*, quedando así transformada en un negocio jurídico causal. Ya en Derecho clásico se admitía la *exceptio doli generalis*. Luego veremos, al tratar de la *causa* en Derecho romano, la evolución sufrida en este punto.

Pero antes vamos a diseñar lo que pudiéramos llamar la teoría general del sistema contractual romano clásico; creyendo firmemente que éste será uno de los puntos capitales de nuestro desarrollo.

(1) "La escritura, el quirógrafo, toman el lugar de la estipulación, sustituyéndola o integrándola". ROBERTI, "Svolgimento storico del Diritto privato in Italia"; segunda edición, vol. I, pág. 85. Padova, 1935

Hemos visto ya los conceptos romanos de pacto y contrato. Es generalmente sabido que para los romanos la diferencia consiste en la llamada *causa civilis*, que transforma el nudo pacto en contrato obligatorio. Como dice BONFANTE, comentando la definición suya citada del contrato, éste, "como todo otro acto jurídico, consta de dos elementos. El primero de ellos es la voluntad o consentimiento contractual, que los romanos denominaban *consensus* o *conventio*. El otro elemento es la causa, o sea el hecho objetivo que legalmente justifica la obligación, y hace que el acuerdo sea productor de efectos jurídicos" (1). Y añade más adelante: "se advierte, pues, con plena conciencia y perfecta claridad que la causa debe existir, pues de otro modo el acuerdo o convención no será contrato, es decir, no será fuente de obligaciones jurídicas" (2) (3).

El mismo BONFANTE, que es quien ha tratado con mayor profundidad esta cuestión (4), llegó a afirmar que contrato en Roma era sinónimo de causa: "contratto non é sinonimo del termino consenso, bensi dell'altro termino causa; causa o contratto sono termini interamente independenti e talora scissi dalla volontá".

Prueba su aserto con varios textos del "Corpus iuris": por ejemplo, el célebre texto de ULPIANO que dice: "Sed et si in alium *contractum* res non transeat, subsit tamen *causa*, eleganter ARISTO CELSO respondit esse obligationen; ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias... hinc nasci civilem obligationen" (5). Donde se ve, si

(1) "Istituzioni", pág. 279.
(2) "Istituzioni", pág. 281.
(3) Véase una magnífica clasificación de los contratos romanos por sus causas en ARIAS RAMOS, op. cit., II, pág. 53; reproducida por CASTÁN en la última edición de su "Derecho civil" (Notarías), vol. II, página 577.
(4) Pietro BONFANTE: "Il contratto e la causa del contratto", en "Rivista di Diritto Commerciale", 1908, I; "Sulle concezioni tedesca e francesa del contratto", ibid., 1909, I; "Il contratto e i patti", ibid., 1920, I. Véanse sus "Scritti giuridici vari".
(5) D., II, 14, 7, 2.



Acursio, autor de la Glosa Magna.

no la equivalencia total de los conceptos, sí, al menos, su adecuación, exigida por el Derecho.

Lo mismo prueba otro de los textos que cita: "...quia *ob causam* acepit nec improbam causam, non timet condictionem... et quidem conventio ista *non est nuda*. ut quis dicat ex pacto actionen non oriri, sed habet in se *negotium* aliquod" (1).

Ahora bien: la gran dificultad está en que los jurisconsultos romanos no nos han dejado una teoría general de la causa, ni siquiera una definición. Conocemos una serie de casos en que se nos dice cuál es la *causa;* pero no sabemos la *ultima ratio* de ésta, al menos de un modo explícito.

Vamos a tratar de hacer un esfuerzo comprensivo, aprovechando los escasos estudios que existen sobre la materia. El Digesto contiene algunos fragmentos interesantes a este respecto, en el fundamental tít. 14, "De pactis", del libro II, que quizá no han sido debidamente aprovechadas.

Por de pronto, veamos la ley 5 de dicho título, tomada de ULPIANO. Dice así: "Conventionum autem tres sunt species; aut enim ex publica causa fiunt, aut ex privata; privata aut legitima, aut iuris gentium. Publica conventio est, quae fit per pacem (2) quoties inter se duces belli quadam paciscutur." Es decir: los hombres pueden pactar lo que les plazca; pero al Derecho evidentemente sólo le interesan los pactos con una *causa jurídica*. Esta causa puede ser *pública* o *privada*. Al parecer, la única causa pública que da valor a los pactos es la *causa pacis*, que propiamente se refiere al Derecho internacional.

Ahora bien; los pactos privados pueden tener una causa *legítima o de Derecho de gentes*. La primera la define a continuación la ley 6, tomada del jurista PAULO: "Legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur; et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quoties lege vel Senatus consulto adiuvatur". La cuestión se va aclarando: es

---

(1) D., XIX, 5, 15.
(2) En otros manuscritos: "*Per principem aut quoties...*"

causa legítima o legal la atribución por una ley o un senado consulto de efectos jurídicos a un pacto determinado; que consistirán en crear relaciones jurídicas (*actio nascitur*) o en extinguirlas (*actio tollitur*). El particular, lo repetimos, podrá pactar lo que quiera y cuando quiera; pero no podrá llevar a los Tribunales a la otra parte más que cuando la ley lo ordene así, por juzgarlo conveniente al bien común.

Tal es, por lo demás, el espíritu del Derecho procesal romano (1). La *actio* no es algo que el particular pueda crear a su gusto; la ley y el pretor establecen un *álbum*, una lista de casos, en los cuales se podrá accionar, y sólo en aquéllos. Pero esto no es una consagración de la injusticia, porque el pretor, en virtud de su *imperium*, se reserva el derecho de examinar otros casos que se le presenten; y entonces, *si qua iusta causa mihi videbitur*, concederá o denegará una acción o una excepción. Lo contrario supone necesariamente transformar el Tribunal en un pandemonio y un amasadero de pleitos.

Y así se entiende perfectamente la ley 7 siguiente: "Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones" (2). Y otras, pudo añadir, no le interesan al magistrado. Es decir: naturalmente que ni la ley ni el pretor han previsto todos los casos en que una relación jurídica es digna de tutela; por eso el magistrado tiene un amplio poder de *cognitio*, y, según los casos, otorgará una acción, una excepción o declarará de plano improcedente la demanda.

Y no es que el romano—al menos los espíritus selectos de sus juristas—fuese un ser amoral, insensible a la fuerza de la palabra dada. Pero es que *éste es otro cantar*. El mismo gran jurista que escribió los pasajes fundamentales que nos

(1) WENGER, "Institutionen des römischen Zivilprozesrecht", Murich, 1925; COSTA, "Profilo storico del processo civile romano", Roma, 1918; ARIAS RAMOS, op. cit., vol. I, págs. 165-240.
(2) Tomado de ULPIANO.

quedan sobre la causa, ULPIANO, encabeza el título *De pactis* con el discurso siguiente: "Huins Edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt servare?" Lo que ocurre es que el Derecho positivo, siendo una desviación de la Moral, tiene ante todo—como demostraremos más adelante—fines sociales y políticos que cumplir, que pueden resumirse en la frase clásica: el *bien común*. Todo Derecho que no esté de acuerdo con el bien común es inmoral. Solución que da nuestro MOLINA en muchos casos análogos, como verá el curioso lector. Pues hay que contestar, por desgracia, afirmativamente a la original pregunta que se hace a sí mismo CARNELUTTI: "Forse, come gli uomini non potrebbero vivere respirando ossigeno puro, così non possono operare regolandosi secondo la pura giustizia?" (1).

Pero sigamos adelante con nuestro conato histórico. Dedúcese de lo expuesto que no ha lugar a la controversia recientemente promovida por RICCOBONO (2) y LA PIRA (3), en torno a ciertos fragmentos indirectamente conocidos de SEXTO PEDIO, tratando de disminuir la relevancia del elemento causa. En efecto: PEDIO lo único que, al parecer, dijo, es que en la base de toda estipulación y, en general de todo contrato, ha de estar el consentimiento de las partes: "nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est" (4). En efecto, así es; pero ello no prueba la verdad de la recíproca. Había en Derecho romano una serie de pactos nudos (5), como es notorio, en los que, a pesar del consentimiento, no se lograban efectos civiles.

(1) F. CARNELUTTI, "Rapporto giuridico naturale", en "Riv. di Dir. Com.", 1936, XXXIV, pág. 172.
(2) RICCOBONO, "Elementi sistematici mei comentari ad Edictum", en "Bull. del Istituto di Diritto Romano", XLIV (1936-37), páginas 1 y siguientes.
(3) G. LA PIRA, "La personalitá scientifica di SEXTO PEDIO", ibid., XLV (1938), pág. 293 y sig.
(4) D., II, 14, 1, 3.
(5) Y hoy también los hay. Anticipemos un ejemplo típico y recientísimo en nuestra legislación del acto jurídico nudo; según el artículo 1.869 bis del Código civil, introducido por ley de 5 de diciembre de 1941, la llamada prenda sin desplazamiento deberá inscribirse en el

He aquí, pues, el principio fundamental del Derecho romano en esta materia, formulado también por ULPIANO: "Sed cum nulla subest causa procter conventionem hinc constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem" (1). SAVIGNY prefería a esta versión, que es la del Pisano, la de HALOANDRO: "nulla... causa *praeter conventionem*", opinando que expresaba con mayor claridad el pensamiento del jurista romano; pero el resultado es el mismo.

El mismo SAVIGNY no acaba de explicarse el motivo de esta exigencia, cuyo problema planteaba así: "¿En virtud de qué principios ciertas convenciones producen acción, y otras no, siendo así que la idea de convención constituye su esencia común y se observa análogamente en todos?" (2). "¿En qué la estipulación es superior al simple pacto?" (3).

Con atisbo genial, apuntó algunas soluciones: la solemnidad exigida sirve para distinguir el momento definitivo de los preparatorios del contrato (más tarde IHERING analizará maravillosamente esta cuestión de las formas en relación con el diagnóstico jurídico). Además, la misma forma solemne induce a la meditación de las partes, que tendrán menos ligereza en sus actos jurídicos, etc. Termina con un discurso sobre la influencia del espíritu del pueblo, de la costumbre arraigada, etc., etc., con los demás tópicos de la escuela histórica (4).

Sin embargo, hay aquí algo más profundo que una simple cuestión de forma. Como dice BONFANTE, tampoco es la causa "il motivo per cui la parte agisce", como es notorio por lo ya expuesto. Es "el motivo, si se quiere, en virtud del cual la ley reconoce la sanción jurídica, esto es, la esencia objetiva de la relación entre las partes: el *negotium*" (1). De este modo, por lo demás, se puede llegar a una idea general de lo que era la *causa* para los juristas romanos: la *iusta causa traditionis*, la *iusta causa usucapionis*, la *iusta causa* exigida en la acción Publiciana o en la restitución por entero: siempre es lo mismo, la exigencia del pretor: *si qua iusta causa mihi videbitur*.

Registro de la Propiedad. No "podrá ejercitarse acción alguna ante los Tribunales, sin acreditar su inscripción". Falta la *causa civil*.

(1) D., II, 14, 7, 4.
(2) SAVIGNY, "Obligaticns", II, pág. 362.
(3) Loc. cit., pág. 363.
(4) SAVIGNY, op. cit., II, pág. 364-365.

De manera que *causae obligationum*, según el mismo BONFANTE, son nuestras fuentes de las obligaciones: "rapporti obbiettvi, in base a cui l'obligazione si riconosce" (2). Esto quiere decir GAYO en su célebre expresión: "ex variis causarum figuris". En base a lo cual podremos también comprender perfectamente ahora aquel otro texto de la Instituta: "Omnium autem obligationum, summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut praetoriae. Civiles sunt, quae aut *legibus constitutae*, aut certe iure civili *comprobatae* sunt. Praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione *constituit*, quae etiam honorariae vocantur" (3). Nadie se obliga si la ley misma no le obliga (*constituere*) o encuentra causa suficiente para su obligación (*comprobare*).

Esta es la razón de que en Derecho romano la causa no se presuma nunca, siendo así que, a veces, la voluntad es presunta. Hoy, al contrario, "se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario" (artículo 1.277).

Veamos ahora, antes de pasar adelante, algunas de las dificultades posibles a esta construcción (puramente histórica por lo demás; luego intentaremos algo parecido en el campo de la teoría). En primer lugar, no dejará de sorprender a alguno lo mismo que extrañaba a SAVIGNY: ¿por qué el más importante y frecuente de los contratos romanos, la *stipulatio*, era un acto abstracto, reduciéndose aquí, al parecer, la *causa civilis* a una simple formalidad verbal?

---

(1) BONFONTE, "Il contratto e la causa del contratto", pág. 123.
(2) BONFANTE, loc. cit., pág. 123.
(3) I, III, 13, 1.

Responderemos que la misma razón que movía al legislador romano a exigir la *causa civilis* en toda obligación; es decir, *el bien común*, pudo impulsarle también a graduar esta exigencia. Las necesidades del tráfico jurídico exigen, sobre todo en el comercio, la rápida tramitación de una serie de negocios; por esto, podrá convenir la adopción de una forma especial que dé las mínimas garantías de seguridad y certeza, aunque en algunos casos sufra por ello la Justicia pura. Tal es el fundamento de todos los *actos abstractos*, que la vida moderna ha aumentado de un modo ya exagerado, por cierto, y cuya demostración puede verse en cualquiera de las monografías y tratados generales acerca de este punto (1).

Por lo demás, ya vimos cómo incluso en el Derecho clásico se admitió la "exceptio doli generalis"; y luego esbozaremos la evolución que llegó a transformar la *stipulatio* en un acto propiamente causal, carácter perfectamente definido ya en el Derecho justinianeo.

En segundo lugar, se podría objetar también la aparición, importancia y aumento progresivo de los contratos consensuales y de los *pacta adiecta*, *pacta praetoria* y *pacta legitima*.

Pero también aquí responderemos que la cuestión es muy otra. Veamos un texto romano típico, tomado de la "Instituta" de Gayo, e incluído en el Digesto (2): "Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationem contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentiri". La cosa está clara: son consensuales en cuanto no son formales (*neque verborum neque scripturae*); pero ello no quiere decir que no tengan *causa*. La causa es el mismo *negotium*: la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el mandato. Nadie dudará que estas relaciones objetivas son causa suficiente para que una persona se obligue; y así lo reconoce la ley.

(1) Véase más adelante.
(2) D., XLIV, 7, 2, párrafo 2.

Lo mismo ocurre cuando la ley misma o el pretor lo declaran respecto a un pacto determinado; o si éste va unido a una *causa civilis*, por adjunción a otro contrato.

Y así se explica cómo el antiguo Derecho romano, consecuente hasta el disparate, apreciara lo mismo el consentimiento espontáneo que el procedente de coacción. "Si metu coactus aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promissisti quod non debueras promittere, palam est iure civili te obligatum esse, et actio qua intenditur dare te opportere efficax est..." (1). En efecto: hay un *negotium contractum*, ya que *tamen coactus, volui*.

Podríamos, finalmente, alegar, para completar el cuadro de la trascendencia de la causa en el Derecho romano, la cuestión de la *causa turpis*. Como esta parte no ha variado lo esencial hasta nuestros días, la trataremos más adelante: limitándonos de momento a citar dos textos significativos:

"Omnia quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sunt..." (C., III, 39, 4).

"Generaliter novimus turpes obligationes nullius esse momenti..." (D., XLV, 1, 26).

Por lo demás, no hace falta decir que no estamos haciendo Apología, sino Historia, y, por consiguiente, Lógica. Será innecesario, por tanto, declarar que el Derecho romano, a pesar de su perfección—obra humana, al fin—, tuvo gravísimos defectos, derivados principalmente del exagerado utilitarismo y decadencia moral a que llegó el mundo pagano.

Por eso hay un momento crucial en la historia de aquel Derecho, y es su interferencia con el acontecimiento divino

(1) I., IV, 13, 1.

del Cristianismo (1). Como dice RICCOBONO, "la idea de una familia humana universal debía llevar al grado más excelso el sentimiento de solidaridad entre todos los hombres: todo este movimiento no podía ser estéril en el campo de los derechos patrimoniales, que miran más directamente a las relaciones de los hombres entre sí". Mientras que en el Derecho clásico la *aequitas* romana "valora el mérito y el demérito de las personas; distingue y separa los diligentes, los sabios, los leales, de los perezosos, de los necios, de los réprobos; socorre a los primeros, y castiga o no cura de los segundos"; en cambio, "la concepción de la equidad justinianea es muy distinta. Esta, que también se denomina *humanitas, pietas, benignitas,* mira a procurar al mundo la paz, la mayor cantidad posible de felicidad, a volver mejores a los hombres, mediante el ejercicio de todas las virtudes evangélicas. Aquí la equidad debe actuar en provecho de todos: incluso de los necios, del injusto, del ladrón" (RICCOBONO).

La revolución fué total. La Sociedad se transformó de pies a cabeza. Y, sin embargo, el Derecho civil romano continuó siendo esencialmente el mismo, en todo lo que no se refiere al Derecho de las personas y de la familia. Las interpretaciones de este hecho han sido variadísimas; pero creemos que la más razonable es la siguiente. El Derecho patrimonial romano no se alteró, porque era *inalterable.*

---

(1) La cuestión de la influencia del Cristianismo en el Derecho privado romano es una de las más apasionantes que plantea la Historia de la Cultura. Hoy, por lo demás, es de la máxima actualidad. Baste decir que en las "Atti del Congreso Internazionale de Diritto Romano" (Bolonia-Roma), publicadas en Pavía (1935), figuran nada menos que cuatro monografías sobre dicha materia.

El primer intento fué el de TROPLONG, "De l'influence du Cristianisme sur le Droit civil des romains", 1841 (trad. española de RETORTILLO; Madrid, 1851); siendo después RICCOBONO, BAVIERA y ROBERTI los que han tratado con mayor asiduidad el problema.

Véase abundante bibliografía en ARIAS RAMOS, op. cit., I, nota 91. Al cual envío desde aquí un saludo cariñoso, recordando que bajo su dirección, y sobre este tema precisamente, compuse yo mis primeras cuartillas de investigación jurídica, "que con amor en mis estantes guardo". *Vale.*

Quiere decirse, que era perfectamente moral, porque (salvo detalles más o menos accidentales) realizaba la mayor cantidad socialmente posible de Justicia. En efecto: una cosa es decir que, en principio, hay que ser fiel a la palabra dada (esto vimos que ya lo sabía el jurisconsulto clásico), y otra cosa muy distinta que, por ejemplo, el legislador deba necesariamente dar acción a todas las promesas y pactos nudos. Pero de ello trataremos más adelante.

No obstante, la vuelta a la moralidad de una gran parte de la sociedad romana, por obra y gracia del Cristianismo, permitió un avance al legislador, en su meta final de aproximar lo más posible el Derecho positivo al Derecho natural. Y en este sentido tiene toda la razón Melchiorre ROBERTI cuando escribe: "No podía la sociedad romana, poco a poco cristianizada, y no podía, por consiguiente, el Derecho romano substraerse a esta corriente de ideas; que si tenía una base escuetamente ética, tenía también una fuerza tal de persuasión para atacar la contraria teoría jurídica de la edad pagana. Y mientras, las formas de la antigua estipulación, aunque se mantienen en vida—para decaer por completo en el Medievo—, son seguidas cada vez más raramente, haciéndose ficticia la pronunciación de las expresiones tradicionales entre los contratantes, el nudo pacto se difunde cada vez más como productor de obligaciones, predominando en adelante, en el Derecho justinianeo, sobre varios actos jurídicos" (1).

Llegamos aquí al punto más delicado de la cuestión. BONFANTE cree que esta situación fué el motivo de la decadencia de la teoría de la causa. Señala un momento culminante: la inclusión virtual de la donación entre los contratos, hecha por JUSTINIANO. Esta fué la brecha en el sistema clásico. Ahora, cuando DOMAT y POTHIER quieran reelaborar la teoría de la causa, se formarán un concepto

---

(1) ROBERTI, "Svolgimento storico", vol. I., pág. 77.

erróneo, se verán obligados a hacer una serie de distinciones y piruetas, resultando inane su labor (1).

Pero, en realidad, lo que ocurre es que la causa se transforma; se espiritualiza. Reaparece frecuentemente bajo formas diferentes. Así, la *stipulatio* prácticamente deja de ser en el "Corpus iuris" un acto verbal (la solemnidad oral, como *causa civilis*, se evapora). Pero, en cambio, deja de ser un acto abstracto, y la ley pregunta ahora más que nunca: *cur debetur?* Se admite la *exceptio non numeratae pecuniae*, e incluso la *querela non numeratae pecuniae*; llegándose a la afirmación de que si el documento no expresa la causa, ésta habrá de ser probada por el demandante (*cautio indiscreta*). "La inexistencia o ilicitud de la causa determina la nulidad de la estipulación" (2).

La causa, por consiguiente, se colora; el antiguo Derecho, rígidamente formalista y utilitario, se matiza por las nuevas exigencias morales, con arreglo al nuevo principio *nemo ex aliena iactura locupletari debet*.

Tal fué la evolución final a que llegó el Derecho romano en el problema de la causa obligacional, en la magna complicación que mandó componer JUSTINIANO el Grande, "el último romano".

III.—LA EDAD MEDIA

"La Edad Media fué un sueño amoroso de cielo" (3). Nadie mejor que Ramiro de MAEZTU ha caracterizado, con estas palabras, ese período enigmático y un poco impreciso que comprende unos mil años de la vida europea.

El mundo antiguo no tenía remedio. Sólo de sus cenizas podía surgir, cual nueva ave fénix, la nueva sociedad cristiana. El parto laborioso duró un milenio, para que luego un fraile alemán, por la Providencia de Dios, viniera a torcer su desarrollo. En ese milenio, que tantas añoranzas

(1) Cfr. Jean DABIN, "La teoría de la causa"; Madrid, 1929.
(2) ARIAS RAMOS, op. cit., II, pág. 68.
(3) MAEZTU, "La crisis del Humanismo"; Barcelona, S. A.

despierta hoy, la estructuración del mundo cristiano se lleva a cabo lentamente, colaborando en su vertebración la Religión y el Derecho, el *ius utrumque*, Derecho civil y Derecho canónico, en dichosa conjunción.

Pero es el destino humano, dictado por Dios a Eva, hacer los partos con dolor. Para que el hijo nazca, algo ha de morir en la madre. Y el primer dolor en este caso fueron los Bárbaros.

Con la revolución política, social y económica, vino la revolución jurídica (1). Hubo un verdadero salto atrás, especialmente en la materia de obligaciones, que reincide en el formalismo más materialista. "Se ha dicho que no hay posibilidad de concertar un acto jurídico sobre la única base del consentimiento; esta idea tarda mucho en penetrar... en tal sentido podríamos admitir la opinión de MAYER ligeramente modificada: el Derecho español de la alta Edad Media no conoce los contratos consensuales y libres de forma; para tal Derecho sólo son válidos los contratos solemnes" (2). Así, todavía en el Fuero de Soria la compraventa sólo se perfecciona por la entrega de arras, o el cumplimiento efectivo. El germano, dice MINGIJÓN, no distingue el contrato de la prueba.

Ha caído, pues, por su base la famosa teoría de WALTER, ZÖPEL, GERBER, LÖNING, SIEGEL y otros autores del siglo pasado, que afirmaron el gran respeto de los primitivos germanos a la palabra empeñada, y la consecuencia de que obligaba la simple promesa. Desde SOHM es indudable la absoluta rigidez del formalismo primitivo. Como dice BRUNNER, "el contrato de deuda requería una determinada for-

(1) Véase para esta parte: ROBERTI, op. cit.; BRUNNER-SCHWERIN, "Historia del Derecho germánico", Barcelona, 1936; RIAZA y GARCÍA GALLO, "Historia del Derecho español", Madrid, 1935; PERTILE, "Storia del Diritto italiano", vol IV, Torino, 1893; GLASSON "Histoire du Droit et des institutions de France", vol. VII, París, 1896; SALVIOLI "Storia del Diritto italiano", Torino, 1930; SOLMI, "Storia del Diritto italiano", Milán, 1930. Todas estas obras contienen abundante bibliografía.
(2) RIAZA, op. cit., págs. 672-673.

ma, audible y visible" (1). Se exigía la *wadiatio* (entrega de la *wadía, festuca* o *stipula*), la *res praestita* (2), o, al menos, la *fides facta manu et ore*, en virtud del solemne apretón de manos (*palmata*), etc. (3).

Por lo que toca a Francia, GLASSON nos dice que "en la época franca los contratos estaban, en principio, sometidos a un formalismo riguroso" (4). Hasta tal punto estaban separados *deuda* y *responsabilidad, Schuld* y *Haftung*, que "pour plus de sûreté on cumulait ces divers moyens, et par exemple on formait un contrat à la fois par écrit, par gage, par plège, par témoins et par serment. On ajoutait même souvent à titre de garantie des clauses pénales et l'engagement de son corps" (5).

Lo mismo ocurre en el resto de la Europa germánica. Y sin embargo, vemos que unos siglos más tarde la baja Edad Media se caracteriza precisamente por el extremo contrario. La más desenfrenada autonomía de la voluntad se difunde en el mundo jurídico, como probablemente no ha ocurrido en otra época alguna. Rige el principio de que el convenio es superior a la misma ley: "*Geding bricht Landrecht*", como dice el adagio alemán de la época. O como escribe BEAUMANOIR: "Toutes convenances sont à tenir, et pour ce dit on: *convenance loi vaint*". Se llega, efectivamente, a que las partes puedan eludir los efectos prohibitivos de una ley renunciando a ella; y cuando no baste un

(1) Op. cit., pág. 209 y sig.
(2) MAYER llega a afirmar que en el Derecho español germánico no había más contratos que los *reales*.
(3) Un judío portugués describe la pervivencia de la *palmata* en la Bolsa de Amsterdam en pleno siglo XVII: "Abre la mano uno, dale una palmada otro, larga por tal precio una partida, ofrécele con otra palmada tal precio, vuélvele a ofrecer el primero más con otra palmada, para que el segundo vuelva a ofrecerle más; coloreándose al golpes las palmas (juzgo que de vergüenza de negociar los más autorizados tan indecentemente a golpes)... hasta que ajustándose el negocio, se halla que fueron corredores del acuerdo los desahogos, los atrevimientos, los gritos, los golpes, las palmadas" (cit. en BRUNNER-SCHWERIN, op. cit., nota en la pág. 209).
(4) Op. cit., pág. 588.
(5) GLASSON, loc. cit., pág. 594.

solo pacto, se harán dos (*pacta geminata*) o se confirmará el primero por juramento. Afortunadamente, como dice ROBERTI, "questo essagerato potere normativo della volontà privata cessa o quasi con la riorganizzazione dello Stato" (1).

¿Qué había pasado? Aparte de la base sociológica previa, dada por el relativo desarrollo del tráfico económico, y consiguientemente del Derecho de obligaciones; siendo de notar que fué en el Derecho mercantil el punto donde primero se operó la transformación, según aquello de que "in curia mercatorum, ubi de negotio potest decidi bona aequitate", obligando, por tanto, los nudos pactos (2). Aparte, decimos, de este supuesto previo, hubo dos fuerzas importantísimas que motivaron esta evolución: en primer lugar, la influencia de la Iglesia y sus cánones; en segundo lugar, el redescubrimiento del Derecho romano y las recepciones.

La Iglesia afirmó siempre que, en principio, es inmoral el incumplimiento de los pactos. Así lo declaró, por ejemplo, un Concilio Africano el año 348, en una controversia famosa surgida entre Obispos: "Pacta quantumcumque nuda, servanda sunt." De este modo, como dice PERTILE, poco a poco, "introduciendo en el campo jurídico lo más que podía del ético, toda promesa debe ser mantenida, llegándose incluso a que tuviera mayor valor la palabra del hombre que la disposición de la ley; debiéndose cumplirse lealmente incluso las obligaciones puramente naturales" (3).

En efecto, se llegó a consecuencias exageradas, sobre todo en materia de juramento promisorio. La doctrina, todavía sostenida enérgicamente por MOLINA—increíblemente testarudo en este punto—, llegaba a sostener, por ejemplo, que la promesa extraída por miedo y coacción, v. gr., bajo amenaza de perder la vida o de quitársela a otra persona, obligaba en conciencia, si se confirmaba por juramento. Análo-

(1) Op. cit., I, pág. 50.
(2) SOLMI, "Storia", pág. 766.
(3) PERTILE, loc. cit., págs. 449-450.

gamente, cualquier acto jurídico prohibido por la ley (por ejemplo, la enajenación del fundo dotal) era válido e inatacable, si se confirmaba por juramento, con tal que intrínsecamente no fuera pecaminoso. Se llega, pues, a la conclusión que antes declarábamos absurda: la voluntad privada derogando la ley pública, como consecuencia de una falsa interpretación de ciertos principios morales. Luego volveremos sobre este punto.

Pero lo más curioso fué que a este movimiento contribuyó la fuerza que aparentemente hubiera debido serle adversa: el Derecho romano renaciente a partir del siglo XII. Como dice GLASSON, "en la época del renacimiento del Derecho romano, este sistema (el formalismo germánico) recibió un grave choque. Los jurisconsultos del Derecho consuetudinario se enamoraron de una doctrina más elevada, que el Derecho romano contenía en germen, y según la cual, toda convención, todo pacto debe ser respetado. El Derecho romano no había llegado nunca a dar acción a todos los pactos; pero establecía que a falta de acción produjeran al menos una obligación natural. Los prácticos de la Edad Media no comprendieron en absoluto esta distinción, ni la teoría, bastante complicada por cierto, de los pactos romanos, repitiendo al unísono que *toutes convenances sont à tenir*, que *convenance loi vaint*... En adelante, todos los pactos produjeron acción" (1). Y añade MICHEL que "como hacía notar un espiritual jurisconsulto, el Derecho romano

(1) GLASSON, loc. cit., pág. 504. Hay errores en la interpretación del espíritu romano en esta materia; pero el curioso fenómeno está bien captado.

Conviene recordar que en Roma había nudos pactos que no producían ni aun obligación natural ni excepción. Al menos, el famoso texto: "... si sint usurae debitae, et aliae indebitae... puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur..." no lo prueba suficientemente, por ser muy concreto y probablemente interpolado (D., XLVI, 3, 5, 2). Ya lo negaron LELIÉVRE, UNTERHOLZNER y MEYERFELD. Cfr. SAVIGNY, "Obligations", I, págs. 69-70.

dió más de lo que él mismo poseía" (1). Al menos, dió cosa distinta.

No obstante, *la cosa* no tuvo lugar sin enérgicas protestas. Los primeros glosadores reconstruyeron la doctrina romana del pacto nudo, llamando *pacta vestita* a los que producían acción civil. El eximio AZÓN declaró terminantemente que el nudo pacto sólo produce obligación natural y en el fuero de la conciencia ("Summa aurea"). Pero Santo Tomás impugnó los que él llamaba *vestimenta glossatorum*, y con él los canonistas al unísono. Así lo formuló Juan TEUTÓNICO en su *glosa ordinaria*: "ex nudo pacto oritur actio".

En vista de ello, los postglosadores tuvieron que hacer un cambio de frente, que en realidad representó un formidable avance científico. Este fué la fundamental distinción de BALDO: "*pacta nuda a solemnitate*" y "*pacta nuda a causa*". Un requisito de forma que se omita no basta para invalidar un contrato; pero sin *causa jurídica* no puede haber obligación, ni por tanto acción.

Pero quedó una escapatoria a la más enorme autonomía de las partes, por la vía del *juramento promisorio*, al ser consagrado éste por el mismo legislador como fuerza capaz de derogar la ley. Tal fué el significado de la famosa ley dada en 1158 por el Emperador Federico I Barbarroja, que con el nombre de *Auténtica "Sacramenta puberum"* fué incluída en el Código de Justiniano, siendo recibida en todas partes como Derecho común. Habían discutido los glosadores si, a pesar de la prohibición del Derecho, serían válidos los actos de enajenación realizados por un menor, al ir confirmados por juramento espontáneo. Algunos, como BÚLGARO, lo negaron, con toda la razón, como hoy nos parece evidente; en cambio, otros, presididos por MARTINO, se inclinaron a la afirmativa. Pues bien; el Emperador se adhirió también a esta opinión, trastornando así el princi-

(1) MICHEL, "Essai sur le domaine de l'autonomie de la volonté...", página 13.

pio fundamental del Derecho romano: "publicum ius privatorum pactis mutari non potest". Y precisamente MOLINA es uno de los más extremados defensores de tan peregrina teoría, cosa extrañísima, dado su buen juicio habitual.

De este modo se llegó al estado de cosas cuya concreción típica es nuestro Ordenamiento de Alcalá (1348): "todavía vale la dicha obligación y contrato que fuere hecho, *en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro*".

Empieza así el reinado de un *espiritualismo jurídico* que, como toda reacción, llegó a extremos exagerados.

IV.—EL ESPIRITUALISMO

Decía SAVIGNY que "en nuestro Derecho común, el simple pacto ha ocupado el lugar de la estipulación romana" (1). Ahora nos será fácil ya explicar el proceso final.

DUARENUS afirma que en su tiempo la estipulación era un contrato de la vida normal; pero todos los contemporáneos desmienten este aserto. A lo sumo se conservaron las formas antiguas en los formularios notariales, pero sin ninguna trascendencia práctica.

En lo demás, el Derecho romano de obligaciones se impuso. Escribe SALVIOLI que "desde el siglo XVI toda la materia de las obligaciones fué modelada sobre las normas romanas. Incluso los jusnaturalistas se limitaron a reproducir los esquemas de la jurisprudencia clásica, que fueron adoptados hasta por los moralistas (SOTO, MARIANA, LESIO) que compusieron tratados sobre los contratos; pero infundiendo sobre ellos un espíritu de rigorismo en armonía con sus fines exclusivamente religiosos" (2). Y hace especialísima mención de "los jesuítas españoles SUÁREZ, PÉREZ, MOLINA, quienes sostuvieron que en este punto la ley positiva debe adecuarse totalmente al Derecho natural" (3).

(1) "Obligations", II, pág. 389.
(2) "Storia", pág. 573.
(3) SALVIOLI, op. cit., pág. 568.



Pablo de Castro, famoso glosador español, muy citado por Molina.

Igual ocurrió entre los juristas franceses, a pesar de la influencia de la Escuela humanística. LOYSEL formuló en 1607 la frase célebre: "Verba ligant voluntatis, taurorum cornua funes." "On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant aut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit romain."

Veamos, como ejemplo típico, la posición de nuestro MOLINA, que luego comprobará en sus páginas venerables el curioso lector. Para el gran teólogo, es evidente que si se atiende únicamente al Derecho natural, toda promesa, todo pacto, son obligatorios en conciencia. De aquí deduce que el Estado debe dotarles de acción para evitar que los hombres tengan facilidad legal para pecar.

Pero — y aquí está lo interesante — MOLINA se mueve dentro de la distinción de BALDO que antes explicábamos, y salva la noción de causa. De ello se ocupa en la interesantísima disputación 257. Empieza por reconocer la razón que tuvo el Derecho civil para no dar acción a los pactos nudos: "evitar la multiplicación de los pleitos"; si bien él se inclina más al sistema del Ordenamiento de Alcalá, como superior incluso en este punto al Derecho canónico. Sí cree que producirán obligación natural en todo caso.

Pero en Derecho canónico afirma MOLINA que será preciso probar la *causa iuris*. "Por ejemplo, aunque exista una escritura—dice—según la cual Pedro haya convenido con Antonio que le entregará a éste una cosa en determinado día, como v. gr., un buey o cien escudos, si dicha escritura no expresa la causa por la cual Pedro se obliga, no estará obligado al cumplimiento, si Juan no la prueba suficientemente o Pedro la reconoce." Es decir: que el espíritu fundamental del Derecho romano se conserva: *la causa no se presume;* pero purificado de su primitivo materialismo. MOLINA lo dice expresamente: "... no podrá ser bastante la presunción de que donó, como para que se le obligue a cumplir un pacto nudo".

MOLINA reconoce, pues, que la obligación jurídica no se

basa exclusivamente en la obligación moral; se necesita además una causa en virtud de la cual se juzgue procedente la acción ante los Tribunales.

Pero hay una falla en su teoría, como ya apuntamos anteriormente, y es su posición errónea en materia de juramento promisorio. Aquí MOLINA es intransigente. Todo juramento cuyo cumplimiento no implique intrínsecamente pecado debe cumplirse. De este modo se pueden infringir la mayoría de las prohibiciones del Derecho civil, impuestas por razones de orden público y buenas costumbres; la *causa* vuelve a evaporarse.

Claro está que muchas legislaciones atajaron el mal, que, aparte de esta consecuencia, traía la de que innumerables cuestiones puramente civiles pasaran al juez eclesiástico, por razón del juramento. MOLINA reconoce que el legislador puede anular de modo general estos juramentos, indicando así una vía radical para obviar las inconsecuencias de su propia doctrina. La legislación más definitiva en este punto fué la de Portugal, según la cual, el juramento puesto en los actos civiles no sólo era nulo de pleno derecho, sino que incluso quedaba anulado el acto mismo, aunque fuera de suyo válido.

El legislador castellano, en cambio, también aquí se dejó llevar de un espiritualismo exagerado. Se limitó a anular los juramentos cuando su única misión fuera la de confirmar actos civiles de suyo válidos, para evitar la substracción de su conocimiento al juez civil; pero admitió expresamente su intervención convalidante en los actos que, de otro modo, serían nulos por Derecho civil. Vese, pues, el profundo significado histórico y la alta justicia del art. 1.260 de nuestro Código: "No se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciere, se tendrá por no puesto", aparentemente sin trascedencia, si no se le mira con la perspectiva adecuada.

Pero MOLINA está firme en los principios. El legislador, lo mismo que puede anular estos juramentos para el *bien común*, puede prohibir una serie de actos jurídicos no intrínsecamente malos; pero a la larga opuestos a dicho *bien*

común y a las *buenas costumbres*: así, todos los pactos opuestos a la libertad de testar, ciertas cláusulas penales, etcétera. Puede igualmente establecer ciertas formas *ad solemnitatem* cuando lo juzgue oportuno: la insinuación en las donaciones, la escritura pública en ciertos actos, etc. Y lo razona perfectamente: al tratar de la insinuación, dice que se ha establecido "para que los hombres hagan con mayor madurez de ánimo, debiendo presentarse previamente ante el juez, tales donaciones de gran importancia, sin que se empobrezcan por ligereza en el obrar, así como para evitar el fraude o dolo, etc.". Es decir: que el legislador tiene perfecto derecho a exigir una *causa* en la obligación, en el propio sentido de la palabra.

Asimismo admite y aplaude la anulación de los actos jurídicos con causa torpe (por ejemplo, las donaciones a la concubina, etc.). Y la nulidad de los actos motivados por engaño (v. gr., las limosnas a pobres fingidos, etc.).

Pero no queremos privar al lector del placer de descubrir por sí mismo estos y otros tesoros jurídicos (1). Baste hacer constar que si MOLINA hubiera abordado la construcción de una teoría general de la causa, hubiera llegado a conclusiones muy parecidas a las que luego habremos de exponer.

No queremos pasar de aquí sin hacer una observación muy importante: y es la base que da MOLINA para sentar la obligatoriedad del contrato. El pacto obliga en conciencia porque la moral y el Derecho natural establecen que el hombre debe ser *veraz* y *fiel*. *Veraz*, en cuanto el hombre debe siempre hacer declaraciones acordes con su intención; *fiel*, en cuanto debe estar siempre dispuesto a cumplir lo declarado, no defraudando a los demás.

Esto supuesto, el contrato tiene como fundamento de su obligatoriedad el pacto que está a su base. El legislador,

(1) Nadie proteste de la escasez de índices. Los *clásicos* han de ser leídos tantas veces, que se sepa *de corrido* el lugar donde dicen las cosas. Y mejor todavía, *que su espíritu pase a nosotros*, aunque no sepamos lo primero.

en principio, debería procurar que todo pacto produjera acción civil; pero no puede negarse que el bien común exige a veces lo contrario, y así lo confiesa MOLINA.

MOLINA deduce de aquí, entre otras cosas, que lo esencial en el contrato es la voluntad interna de las partes; pero reconoce que en el fuero externo el juez habrá de basarse en las declaraciones externas que haya realizado. Luego volveremos sobre este punto.

Por consiguiente, MOLINA es, como no podía menos un *espiritualista*; pero al mismo tiempo un gran *realista*. Tal ha de ser toda obra humana que quiera vivir: conjunción armónica de alma y cuerpo, de la letra que mata y el espíritu que vivifica. Porque así es el hombre, y el misterio más grande y más consolador es el de la Encarnación del mismo Dios.

Sin embargo, esto fué olvidado más tarde. La llamada escuela del Derecho natural y de gentes, que impera en la ciencia jurídica europea desde que se extingue la generación de nuestros teólogos y juristas clásicos, implanta en las ciencias morales un falso espiritualismo. La idea del Derecho natural pierde la vida al desvincularse de su inevitable base teológica. Lo que empieza siendo un tímido "etsi daretur non esse Deus" culmina inevitablemente en un ROUSSEAU o un HELVECIO. La jugosa savia que vivifica las construcciones de VITORIA y SUÁREZ se deseca, al cortarse su raíz: el Derecho divino.

Ante todo, al desaparecer Dios, Ordenador Supremo, hay que recurrir a un nuevo "Deus ex machina": el *contrato social*. Este, que no era más que un instrumento dialéctico, en nuestros teólogos, para explicar ciertos y determinados fenómenos del Derecho público, pasa a ser el "argumento Aquiles" con que se zanjan todas las cuestiones. ¿Por qué obligan los contratos? Porque los hombres hicieron un contrato obligándose a respetar los contratos. No contestaría mejor Don Venerando.

El Derecho natural es ahora una construcción seca, fría y artificiosa, que sirve para justificar las teorías más o menos caprichosas de los autores. Esto era, evidentemente, la forma mejor de desacreditarlo, como infaliblemente sucedió al surgir la Escuela histórica y su secuela, el positivismo jurídico.

Pero ya dijimos al principio que nuestra historia se circunscribía a ciertos límites. Propiamente, el resto es ya de sobra conocido, y no haremos más que apuntarlo. Las doctrinas exageradamente espiritualistas del Derecho natural cristalizaron en las obras de dos grandes juristas franceses: DOMAT y POTHIER. Un acontecimiento vino a darles valor universal: la Revolución Francesa, que impuso a Europa ciento cincuenta años de ideas y de vida demoliberal.

De aquí surge el "Code Napoleon", y en pos de él los Códigos civiles de Italia, Portugal, España, etc. La mayoría están hoy vigentes, si bien en trance de pasar a la mejor vida; recogen lo que pudiéramos llamar el *Derecho común individualista*. Concretamente, en todos ellos tiene el mismo carácter la teoría del acto jurídico, de la obligación, de la causa, etc. Y entre estos Códigos está el nuestro.

Estamos, como ya se dijo, en fases de revolución. Y la revolución, si no es destrucción total, tiene que ser transición. Ejemplo típico de ello es el nuevo Código Civil italiano, cuyo texto definitivo ha sido aprobado por Real Decreto de 16 de marzo de 1942 (núm. 262).

Según su artículo 1.973, "las obligaciones derivan de contrato, de hecho lícito, o de todo otro hecho idóneo para producirlas en conformidad con el ordenamiento jurídico". Pero hay un principio supremo de bien común: "el deudor y el acreedor deberán comportarse según las reglas de la corrección, en relación a los principios de la solidaridad corporativa" (art. 1.175).

Se define el contrato como "el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial" (art. 1.321). El artículo 1.322 establece el principio de la autonomía contractual, pero en tér-

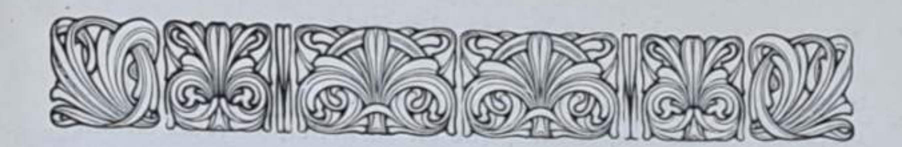
minos y con límites que encajan perfectamente dentro de la doctrina de la causa que luego expondremos. "Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas. Las partes pueden celebrar también contratos que no correspondan a los tipos especialmente regulados, con tal que se dirijan a realizar intereses dignos de tutela según el ordenamiento jurídico". Es casi la doctrina romana, digna, por lo demás, de todo encomio: obliga el contrato nominado, que la ley reconoce y regula en particular, y además, cualquier convenio que lleve en sí una causa civil bastante; pero no cualquier pacto caprichoso o ilícito.

En el artículo 1.325 se enumeran los requisitos clásicamente admitidos en el contrato: consentimiento, objeto y causa, añadiéndose la forma, cuando la ley la exija bajo pena de nulidad (esto es, haciéndola entrar dentro de la causa civil).

La causa no se define, pero de los artículos 1.343 a 1.345 que la regulan, se deduce que prevalece el concepto pseudoclásico psicológico, que no es el romano que venimos manejando habitualmente, de contenido objetivo (negotium). En particular el artículo 1.345 consagra a la construcción de Capitant, de que luego hablaremos, al decir que "el contrato es ilícito cuando las partes se han determinado a celebrarlo exclusivamente por un motivo ilícito común a entrambas".

De todos modos, los principios establecidos, en conexión con los que se refieren al objeto del contrato (art. 1.346 y sig.) son harto suficientes para que una magistratura eficaz realice el control adecuado de la contratación.

De este modo, el Código Civil italiano abre la marcha hacia horizontes futuros, subordinando los principios económicos y egoístas del individualismo a los más altos postulados de la Moral y de la Política.



EL PROBLEMA DE LA CAUSA

I.—LA TEORIA SEUDOCLASICA DE LA CAUSA

La causa, como dice Bonfante, "costituisce il problema piú discusso e piú indecifrabile della dottrina moderna e della psicologia giuridica" (1). O, como decía en 1881 Laborde "la théorie de la cause... a la réputation d'être très difficile à comprendre et d'une utilité contestable" (2) (3).

Nos lanzamos, pues, a una empresa difícil. Por lo que seguiremos el consejo del Rey Sabio: "todo ome que algún buen fecho quisiere comenzar, primero debe poner, e adelantar a Dios en él, rogándole e pidiéndole merced, que le dé saber, e voluntad, e poder, porque lo pueda bien acabar".

Hecho lo cual, creemos que procede en primer lugar exponer la teoría cristalizada en los Códigos vigentes, tal como ha sido interpretada y desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia del pasado siglo, constituye lo que pudiéramos denominar la *teoría seudoclásica de la causa*.

Dabin ha sido uno de sus más finos expositores y críticos, en un libro interesante: "La teoría de la causa" (4). La

(1) "Il contratto e la causa del contratto", pág. 1.

(2) "Applications de la théorie de la cause aux matières du Droit et principalement aux obligations". En "Revue Générale du Droit", pág. 344 y sig.; año 1881.

(3) Castán dice que "es la teoría de la causa... una de las más confusas del Derecho civil" (op. cit., vol. II, pág. 607); "en su concreción y desenvolvimiento, una de las más confusas del Derecho civil... y en la actualidad, todo dentro de este tema está sujeto a discusión" (vol. I, página 301).

(4) Jean Dabin, "La teoría de la causa"; trad. por Francisco de Pelsmaeker, Madrid, 1929. Cfr. abundante bibliografía en esta obra, en particular, pág. 1; y en Demogue, op. cit., vol. II, pág. 525-527. Para la literatura española, cfr. Castán, op. cit., vol. I, pág. 301, nota 1.

teoría seudoclásica de la causa, nos dice, se ha formado en torno al "Code Napoleon", que en su artículo 1.108 enumera, entre los elementos esenciales del contrato, "una causa lícita de la obligación", y en el 1.131 previene que "la obligación sin causa, como una causa falsa o como una causa ilícita, no puede producir efecto alguno". El artículo 1.133 define lo que ha de entenderse por ilegitimidad de la causa.

Dicha teoría, como historia perfectamente el mismo DABIN (1), procede de la concepción de DOMAT, recogida por POTHIER, y que era común entre los autores de Derecho Civil en Francia, en la época de elaboración del "Code civil".

¿Qué es la causa, en esta concepción? Aunque los Códigos suelen hablar indistintamente de causa de la obligación y causa del contrato, la doctrina se inclina más bien a aceptar por válido este último concepto. Así dice GIORGI que es "el motivo jurídico por el que uno se obliga al contratar" (2); y LOMONACO que es "el motivo legítimo que jurídicamente se presume, según la naturaleza de cada convención, que ha sido el que determinó a las partes a contratar" (3).

Precisando más, LABORDE (loc. cit.) distingue en toda obligación tres causas: una *causa eficiente*, que es, según él, el contrato que la origina; una *causa final*, que es el motivo que impulsó al obligado a celebrar dicho contrato; finalmente, una *causa ocasional*, que es precisamente la *causa* que la ley toma en consideración. Sin embargo, la nomenclatura más frecuente entre los autores prefiere denominar a la causa ocasional, *causa final;* y a la que LABORDE llama causa final, *causa impulsiva*.

¿En qué se diferencia esta *causa final* de la *causa impulsiva*, o *motivo* propiamente dicho? Como dice DEMOLOMBE, "la causa impulsiva no es más que el motivo que lleva a cada una de las partes a contratar; el motivo del contrato, *cur contraxit*, y no el motivo de la obligación, *cur promisit*. Dos diferencias la distinguen de la causa final: en primer lugar, que no es un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación; es, por el contrario, extrínseco, exterior. Por consecuencia, es relativa y personal a cada uno de los contratantes en particular. Mientras que la causa final es siempre idénticamente la misma en todos los contratos idénticos, la causa impulsiva es esencialmente variable; y es, en efecto, casi siempre diferente en los mismos contratos, para las partes que los celebran. En un contrato de venta, por ejemplo, sea hecho por Pedro, por Pablo o por Jaime, la causa final será siempre invariablemente idéntica: para el vendedor, la obligación del comprador de pagarle el precio; y para el comprador, la obligación del vendedor de entregarle la cosa... Pero, ¿por qué motivo Pedro, Pablo o Jaime se han endeudado? El primero, quizá para pagar un precio de venta; el segundo, para dotar a su hija; el tercero, para hacer grandes reparaciones a su inmueble, o para jugar, etc.; el campo deviene entonces sin límites para todos los motivos, serios o frívolos, que pueden llevar a una persona a un contrato" (1).

(1) Loc. cit., pág. 1583.
(2) Jorge GIORGI, "Teoría de las obigaciones en el Derecho moderno", vol. III; Madrid, 1910, pág. 459.
(3) LOMONACO, op. cit., vol. I, pág. 175.

Ahora bien; dicha causa final u ocasional tiene un fundamento variable según los diferentes tipos de contrato. La fórmula más habitual es la siguiente:

a) En los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación de cada una de las partes está en la obligación recíproca de la otra parte. Así, en la permuta, Ticio se obliga a entregar un caballo *precisamente* porque Cornelio se obliga a su vez a entregarle un buey.

b) En los contratos unilaterales, la causa de la obligación es la prestación o promesa realizada por la otra parte. Mevio se obliga a pagar 200 sextercios a Cayo, porque éste le ha entregado a él la misma cantidad.

c) Finalmente, en los contratos gratuitos, la causa estriba en el ánimo e intención de liberalidad.

(1) DELOMBE, "Cours de Droit civil français", vol. XXIV, pág. 340. Cit. por NÚÑEZ LAGOS, "El enriquecimiento sin causa". Madrid, 1934; página 28-29.

Sin embargo, en ello hay bastantes discrepancias. Así, Raoul VILLON (1), partiendo del principio de que "la causa de la obligación es un hecho, y no un Derecho" (2), negó que las obligaciones pudieran ser causa recíproca, tratando de llegar a un concepto unívoco de causa para todos los contratos onerosos. "No es el derecho del vendedor al precio la causa de su propia obligación, ni la facultad de exigir legalmente el pago de dicho precio. La causa de su obligación es el pago del precio, independientemente del derecho a reclamarlo, y *a fortiori* de la obligación de pagarlo" (3). Tal es también la opinión de LAROMBIERE, etc.

Otros afirman simplemente que la causa de las obligaciones recíprocas es el *objeto* de la obligación de la otra parte (4).

Todavía es mayor la discusión en los contratos unilaterales reales. Algunos, como BEUDANT, han querido incluso equipararlos a este respecto a las liberalidades.

Tampoco en éstas hay unanimidad. PLANIOL, LAURENT y otros han querido ver su causa en el *motivo* (generalmente repudiado dentro de esta doctrina) que las hayan inspirado. Ni han faltado autores como PEROZZI que hayan afirmado que la esencia de las donaciones es precisamente su total *falta de causa* (5).

Hagamos notar, antes de pasar adelante, que esta concepción seudoclásica fué la que tuvieron ante los ojos los legisladores de 1889. Nuestro Código Civil establece en su artículo 1.261 que "no hay contrato" sin "causa de la obligación que se establezca". El artículo 1.274 precisa que "en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera

(1) VILLON, "De la cause des obligations dans les contrats synallagmatiques", en "Revue Générale du Droit", 1900, pág. 101-111.
(2) Loc. cit., pág. 103.
(3) Loc. cit., pág. 104
(4) Cfr. DABIN, loc. cit., pág. 6.
(5) Cfr. más adelante la parte que dedicamos a la donación.

liberalidad del bienhechor". Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado con gran insistencia esta separación esencial entre causa y motivo.

Los artículos 1.275 a 1.277 regulan los vicios de la causa. "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral" (art. 1.275). "La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita" (artículo 1.276). "Aunque la causa no se expresa en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario" (art. 1.277).

En segundo lugar, conviene observar también que la necesidad ha sido superior a la teoría, como es lógico, por lo que la jurisprudencia, con verdadero sentido pretoriano, ha aplicado todos estos artículos de nuestro Código y los paralelos de los cuerpos legales extranjeros del modo exigido por la realidad de cada caso, y siempre con gran amplitud, que con frecuencia "escandalizaba a los arretistas" (1). Basta ojear las colecciones de sentencias incluídas y comentadas en las obras de DABIN, DEMOGUE (2) y CAPITANT (3) para comprobarlo. Más adelante haremos alguna alusión a nuestro Tribunal Supremo.

Esto supuesto, volvamos a la teoría que hemos denominado seudoclásica. Desarrollada principalmente por los autores franceses, FERRARA ha hecho notar su carácter fundamentalmente subjetivo. En efecto, en todos ellos es un *motivo psicológico*; ya, como quiere BARTIN, la *razón inmediata* de la voluntad (para distinguirla de los motivos determinantes más remotos); ya, según GAULY, lo que hace explicable el acto en virtud del cual se obliga al deudor; ya, en frase de BEU-

(1) NÚÑEZ LAGOS, op. cit., pág. 30.
(2) Op. cit., vol. II, cap. 14, "De l'objet et de la cause", pág. 525-838.
(3) Henri CAPITANT, "De la cause des obligations", 3.ª ed., París, Dalloz 1927. La primera ed. es de 1923. Hay traducción española de TARRAGATO,

DANT, el *interés jurídico* que las partes tienen a la vista y que determina su voluntad (1).

Pronto empezaron las críticas contra esta construcción. ERNST publicó ya en 1826 una tesis titulada "La cause est-elle una condition essencielle pour le validité des conventions?"; continuando el proceso anticausalista en las obras de LAURENT, BAUDRY-LACANTINNERIE, BARDE PLANIOL etcétera. Las primeras objeciones fueron de tipo dialéctico: se decía que en los contratos sinalagmáticos la causa se confunde con el objeto de la obligación; mientras que en los contratos gratuitos se confunde con el mismo consentimiento.

Respondieron los causalistas que no había tal; que un mismo hecho se podía considerar desde diferentes puntos de vista y que, por tanto, en la compraventa la obligación del vendedor tendrá como objeto la prestación de la cosa, y como causa. la recepción del precio; mientras que en la obligación del comprador la recepción de la cosa será la causa, y la prestación del precio, el objeto (VILLON).

Asimismo se contestaba que en las liberalidades, si bien psicológicamente no cabe separar el consentimiento del *animus donandi*, sí puede hacerse perfectamente dentro de la lógica jurídica, etc.

Pero todas las críticas han resurgido de una manera formidable en la obra de DABIN y sus secuaces. Cree DABIN que la teoría seudoclásica, "producto de un error histórico" (2), sólo representa, en realidad, una concepción falta de todo valor, lógico y jurídico (3). "Puede decirse, en definitiva, que mientras la causa pretende diferenciarse del consentimiento, resulta inútil; y que cuando pretende diferenciarse de los motivos, resulta peligrosa" (4). Hay que dejar en libertad al juez para "acudir a los motivos que pudieran determinar el acto jurídico y que le otorgan su verdadera fisonomía"; lo

(1) Véase DEMOGUE, loc. cit.
(2) Una falsa interpretación de los textos romanos por DOMAT y POTHIER.
(3) Op. cit., pág. 77.
(4) DABIN, op. cit., prólogo, XXIX.

que hace falta es una *teoría del motivo*, y no una *teoría de la causa* (1).

Y, sin embargo — cosa curiosa —, parece como si cierto instinto colectivo impulsara a los juristas a aferrarse a la teoría de la causa. Por eso, los autores italianos y alemanes de principios de siglo se fueron en otra dirección, tratando de darle un contenido más bien objetivo. El punto de vista en que se colocaban, más que el de la causa, en las obligaciones y contratos, era el de la causa en la atribución patrimonial (*Zuwendug*). Por eso escribía con razón el gran SALEILLES: "Como se ve, es, en realidad, toda la teoría de la causa en materia de actos jurídicos la que de cierta manera resurge bajo esta nueva forma. Nada se consigue con declararla inútil, pues no se la puede evitar, bien sea que se eleve, como entre nosotros, a la propia validez del acto, o que se presente, en cambio, como en Alemania y en el Derecho romano, en el terreno del enriquecimiento injusto. Cualquiera que sea el resultado que deba deducirse, nulidad o repetición, resulta necesario, hágase lo que se haga, llegar a definir qué sea la falta de causa, que en definitiva cristaliza en investigar su noción y lo que por causa jurídica haya de entenderse" (2).

En este sentido, VAN BEMMELEN y FERRARA nos dirán que causa es el equivalente económico de una obligación. Según VENEZIAN, es el hecho de donde deriva el cambio en el patrimonio del promitente. Para ENDEMANN, es lo que responde a las necesidades de la vida comercial (3).

Como dice DEMOGUE, "hay ya aquí una idea más exacta de la causa, pero que resulta todavia demasiado estrecha... Partiendo de estas ideas demasiado económicas, es decir, de-

(1) Pág. XXVII.
(2) SALEILLES, "Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand", 3.ª ed., París, 1911. Pág. 461, nota 2.
(3) Véase DEMOGUE, loc. cit. Existen, sobre todo en la literatura alemana, interesantes aportaciones *técnicas* en esta cuestión: alguna tan original como la de STAMPE, "Kausaproblem" (1904), en Zeits. für Handelsrecht", 55. pág. 387 y sig.

masiado despreocupadas del carácter moral del Derecho, estos autores no llegan, por ejemplo, a anular las donaciones por causa ilícita: es necesario colocarse en el terreno más amplio de la utilidad social" (1).

En efecto: la falla más importante de las teorías seudoclásicas es la casi imposibilidad de apreciar en ella la ilicitud de la causa. Supuesto que los motivos determinantes no interesan al juez, ¿qué le queda? Todas las donaciones tendrán causa por el mero hecho de hacerse con ánimo liberal; no serán ilícitas—dentro del rigor de la teoría—aunque se hagan a la concubina, porque el juez no puede apreciar el motivo.

Análogamente, la venta de una casa de juego o de tolerancia tendrá causa, porque una de las partes entrega un inmueble, y la otra, su precio. El juez tampoco podría declarar su ilicitud, ya que el motivo no cae bajo su apreciación.

Pero de hecho ya vimos que la jurisprudencia ha anulado este y otros contratos análogos, más que nada por un verdadero instinto pretoriano, abandonando la teoría legal (véanse las obras citadas).

Este ya considerable caudal de jurisprudencia, muy semejante en todos los países europeos, fué abarcado en su conjunto por un insigne jurista francés, que en base a él trató de resucitar la teoría seudoclásica de la causa, infundiéndole el soplo del genio. De hecho, la obra de CAPITANT ha producido un resurgir de las doctrinas causalistas, pero "significa el artístico mausoleo de las teorías (seudo) clásicas de la causa" (2).

CAPITANT rechaza la interpretación corriente de que en los contratos bilaterales cada obligación es causa de su recíproca. "Semejante afirmación es pueril y nada nuevo viene a enseñarnos que no se encuentre comprendido ya en la noción de consentimiento. Si la causa sólo fuese lo que estos autores

(1) Loc. cit., pág. 529.
(2) NÚÑEZ LAGOS, loc. cit., pág. 25.

pretenden, los anticausalistas tendrían razón plena al afirmar que se confunde con el consentimiento" (1).

"Por el contrario, todo se simplifica... desde el momento en que se identifiquen bien las nociones de causa y de fin, puesto que es suficiente entonces buscar cuál fué el fin perseguido o querido por cada una de las partes, cosa que es ya bien fácil precisar... Lo que determina a una persona a vender aquello que le pertenece no es exclusivamente la promesa del comprador de pagar el precio convenido, sino que es también la voluntad de tener a su disposición aquella cantidad. El comprador, por su parte, si consiente en pagar el precio, es para adquirir la propiedad útil y pacífica de la cosa vendida." "Por lo tanto, en un contrato sinalagmático, la causa que determina a obligarse a cada una de las partes es esa voluntad de tener la ejecución de la prestación que le ha sido prometida a cambio de la suya" (2).

En las donaciones, "el donante se propone enriquecer gratuitamente a aquella persona con la que se obliga, es decir, hacer pasar un valor determinado de su patrimonio al de ésta sin percibir nada a cambio... Por ello, puede afirmarse... que la causa es la obligación del donante, que está constituída por el *animus donandi*, pero no un *animus donandi* abstracto, sino precisamente que se aplica o dirige a la persona a quien se tiene la intención de beneficiar" (3). Este *animus* se distingue del consentimiento propiamente dicho, porque se dan "de un lado el hecho de obligarse, y del otro, el fin en cuya consideración nos obligamos y que varía, naturalmente, según la naturaleza del compromiso contraído. Este fin, considerado de una manera general, puede estar constituído..., bien por el interés, bien por el deseo de prestar un servicio o simplemente por la intención de beneficiar a alguien" (4).

Ahora bien: CAPITANT se adhiere a la teoría seudoclásica en cuanto admite su distinción entre *causa* y *motivo*. "El mo-

(1) CAPITANT, loc. cit., pág. 42.
(2) CAPITANT, loc. cit., pág. 42-43.
(3) CAPITANT, loc. cit., pág. 81-82.
(4) CAPITANT, loc. cit., pág. 82.

tivo es la razón contingente, subjetiva, y por ello mismo variable en cada individuo, que determina a una persona a la conclusión de un contrato. Así, por ejemplo, un individuo vende una casa que le pertenece, porque necesita aquella cantidad para pagar una deuda, o porque se aleja del lugar en que ésta se encuentra; por desear colocar su dinero en algún otro negocio que le parece más remunerador, etc.... Existe, pues, una indiscutible relación de causa a efecto entre el motivo y la obligación". Y, sin embargo, "el Derecho no lo tiene en cuenta, aun cuando el consentimiento no corresponda en este caso a la voluntad efectiva del contratante, y admite, a pesar de ello, la validez del compromiso contraído (1).

"La razón de ello estriba en que el contrato es esencialmente un acuerdo de voluntades; siendo dicho acuerdo el que delimita su contenido. Todas aquellas cosas sobre las que los interesados llegaron a una coincidencia, es decir, aquello sobre lo que se pusieron de acuerdo, se convierte en elemento constitutivo del contrato. Por el contrario, permanece fuera del campo contractual, y, en su consecuencia, sin influencia alguna en la validez de las obligaciones, todo lo que no fué conocido y querido por ambos contratantes. Ahora bien, el motivo psicológico determinante de las voluntades no forma parte del acuerdo..." (2).

"Distinta sería la situación si las partes hubiesen hecho de él un elemento del mismo; es decir, si hubiese sido para ellas la razón determinante de su acuerdo" (3). Por ejemplo, si una persona compra una casa para dedicarla a la explotación de juegos prohibidos, sin decir nada al vendedor, la venta se hará inatacable; pero no así si ambos lo saben (verbigracia, por estar ya la casa empleada en dicho negocio) y lo hacen constar en el contrato.

Surge así la interesantísima doctrina de la *causa adjunta*. Dice CAPITANT que ésta ha de ser la base para juzgar la ili-

(1) CAPITANT, loc. cit., pág. 23 y sig.
(2) CAPITANT, loc. cit.
(3) CAPITANT, loc. cit.



Bártolo de Saxoferrato, máximo interpretador del Derecho civil común.

citud causal del acto, ya que "ella ha influído en él, a título de elemento determinante, en su doble manifestación de su voluntad; se ha incorporado a él de un modo real. El fin económico perseguido se enlaza con el fin jurídico. Separar a ambos equivaldría a truncar la voluntad de las partes" (1).

La otra gran aportación de CAPITANT es su concepción de la causa como algo vivo, que "no interviene solamente en el momento de concertarse las voluntades. La obligación, en efecto, no tiene vida sino mientras está sustentada por su causa... Para que cierta relación obligatoria, una vez nacida, siga obligando al deudor, es necesario que se realice el resultado querido por él". Sobre ello habremos de insistir más adelante.

Este ha sido el último y más perfecto desarrollo de la *teoría seudoclásica de la causa*. Luego veremos que la razón de su fracaso es la preocupación por salvar el principio, también seudoclásico, de la *autonomía de la voluntad* (tal como era desarrollado por los Códigos y los autores demoliberales). Pronto haremos su crítica.

La tendencia objetivista alemana, con objeto de instrumentar técnicamente la *condictio* en el enriquecimiento torticero, ha desarrollado más bien el concepto negativo: *sin causa* (2).

GIERKE, WINDSCHEID-KIPP, HELWIG y ENDEMANN negaron la posibilidad de un concepto general, creyendo que el buen arbitrio general debería decidir en cada caso concreto.

De manera muy parecida, PERNICE, KOSCHEMAR-LYSKOWSKY y otros relacionan los conceptos de causa y ausencia de causa con el de equidad, intuición de personas honradas, etcétera. Análogamente, STAMMLER relaciona la causa jurídica con la misma idea de la justicia.

De modo muy análogo a la escuela francesa (sobre todo en la moderna orientación: CAPITANT, DIKOFF, CELICE. Io-

---

(1) CAPITANT, loc. cit. NÚÑEZ LAGOS hace notar el parentesco de esta nueva concepción finalista de la causa con la teoría de la *presuposición* (*Voraussetzung*) de WINDSCHEID. Véase más adelante.

(2) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, op. cit., pág. 91-106.

NASCO, etc.). WINDSCHEID sostuvo la teoría de la *presuposición* (*Voraussetzung*), que al fallar produce necesariamente un enriquecimiento sin causa.

Tampoco difieren mucho JUNG, VON MAYR y PLESSEN cuando dicen que será injusto el enriquecimiento "faltando el fin de la prestación, esto es, el resultado jurídico buscado por las relaciones relativas de las partes" (JUNG).

Por lo cual concluye, con razón, NÚÑEZ LAGOS que "el concepto de causa es unitario" (1), pudiendo añadir nosotros: siendo el expuesto el que constituye la teoría seudoclásica de la misma (2).

II.—MORAL Y DERECHO

Llega el momento en que vamos ya de un modo definitivo a intentar dar una solución a las cuestiones que nos hemos ido proponiendo a lo largo de estas páginas. Pero ello nos exige, como medida previa, que nos afinquemos bien en el terreno de los principios. De los buenos principios.

Para ello vamos a pasar breve revista a algunos conceptos fundamentales, para que no pueda existir duda alguna sobre los términos empleados.

Es indudable la existencia de un *orden moral*. A este orden, como dice CATHREIN, pertenece "todo lo que es necesario para que las acciones libres del hombre sean buenas y bien ordenadas" (3). El hombre es un ser libre; su razón conoce que, con arreglo a su misma naturaleza humana y a la naturaleza de los demás seres, hay acciones que *deben* ser evitadas, y otras que *deben* practicarse. "Son moralmente buenas para el hombre todas aquellas acciones que,

(1) Semejante es la construcción inglesa de la *consideration*. Véase OSSORIO MORALES. "La doctrina de la *consideration* en Derecho contractual inglés"; Granada, 1932.

(2) Por lo demás, es indudable que hay en todas estas doctrinas numerosos elementos de verdad, muy aprovechables, como veremos más adelante.

(3) Víctor CATHREIN, "Filosofía del Derecho", 4.ª ed.; Madrid, 1941; página 276.

conforme a su naturaleza racional, se acomodan a todas sus relaciones para consigo mismo, para con los demás hombres y para con Dios, su Creador y fin último, y la ley moral natural prescribe al hombre todo lo que es necesario para que su obrar, en relación a Dios, a sí mismo y a los demás hombres, sea bueno y bien ordenado, o adecuado a su naturaleza racional" (1).

El hábito de realizar actos buenos se denomina *virtud*, como el de practicar actos malos se llama *vicio*. Virtudes y vicios se distinguen entre sí por su objeto; así hay una virtud particular de la *veracidad*, que consiste precisamente en decir siempre lo que se piensa, y un vicio correlativo, que es la *mendacidad*.

Una de estas virtudes particulares es la *justicia*, cuyo vicio antagónico es la *injusticia*. La justicia, como decían los romanos, es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno *lo suyo*. Lo suyo, que podemos denominar también *su derecho*.

Esta virtud tiene una importancia excepcional, por la razón de que el hombre es un *ser social*, es decir, que vive siempre en sociedad y no puede vivir fuera de ella. De aquí que con gran frecuencia se plantea el problema de saber cuál es *lo suyo*, el *derecho* de cada uno; por lo que la virtud de la justicia tiene trascendencia, no sólo para las personas en particular, sino para que pueda existir la misma Sociedad.

Ahora bien: dijimos que, moralmente hablando, un acto es bueno o malo según sea o no adecuado a la misma naturaleza de las cosas. Lo mismo valdría decir: según que se adapte o no a la *norma natural*. Dios, al crear los seres de esta manera precisamente, les ha impuesto un modo de ser: el ser racional lo conoce así mediante su razón, y debe cumplirlo libremente. Si cumple dicha norma natural, obra bien; si no la cumple, obra mal.

(1) CATHREIN, loc. cit., pág. 273. Cfr. también la "Moralphilosophie" del mismo autor, vol. I, pág. 238 y sig. y 315 y sig.

Pues bien: dentro del orden moral, aquel sector de normas que se refiere a la virtud de la justicia, es el Derecho natural en sentido amplio. En sentido estricto, son estas mismas normas, en cuanto se refieren exclusivamente a la Sociedad humana (excluyendo, por tanto, las relaciones de justicia que el hombre tiene con Dios y consigo mismo).

Trátase, por tanto, de un complejo de normas obligatorias en conciencia, según las cuales todo hombre está obligado a dar lo suyo—en cada caso—a otro hombre o a la misma comunidad de que forma parte. La razón natural le basta para conocer estas normas, en su forma más general, que en principio se reduce a estos dos preceptos: dar a cada uno lo suyo, y no causar injuria a nadie.

Asimismo, se deduce también de la misma naturaleza de las cosas que todo hombre tiene naturalmente ciertos derechos, correlativos a los deberes a que aludíamos que tienen los demás en su favor. Así, en principio, todo hombre tiene derecho a la vida, al respeto ajeno, etc.

Las primeras deducciones de los principios de la razón, en materia de Derecho natural, son claras y evidentes: no matarás, no robarás, etc. Pero la razón humana es débil y, sobre todo, muy influenciada por los apetitos y tendencias; por eso no hay Sociedad que pueda subsistir sin un poder que la organice, que decida lo que es Derecho cuando haya discusión, y que, si hace falta, lo imponga coactivamente (1).

Tal es el poder civil, cuya forma de organización actual recibe el nombre de Estado. Dicho poder tiene por objeto fundamentar el bien de la Sociedad misma; no existe para procurar el bien de la persona que lo detenta, ni el de sus amigos, ni siquiera el de todos los súbditos en cuanto a individuos; sino para el *bien común*, que es el de todos, en cuanto miembros de la comunidad.

(1) Sobre todas estas cuestiones, véase el tomo I, vol. I. De momento eludiremos la cuestión del Derecho de gentes, que no nos interesa directamente ahora. Véase sobre ello el volumen de Derecho Internacional, que aparecerá en breve.

Uno de sus medios es la creación del Derecho civil. Mediante él se refuerzan coactivamente los principios evidentes del Derecho natural; el no robarás se transforma así en los artículos del Código Penal que castigan el robo.

Pero, además, se determina próximamente lo que sólo sería una conclusión más o menos probable en Derecho natural puro. Y así se regulan minuciosamente todas las relaciones de la vida social, mediante normas que son también morales, porque obligan en conciencia, pero no naturales, sino positivas.

Por ejemplo, es de Derecho natural que todo hombre sirva a su Estado; pero éste será quien decida si habrá o no servicio militar obligatorio, si la edad de incorporación a filas serán los veinte años o los veintiuno, etc.

El fin del Derecho natural es, evidentemente, el bien absoluto; todas las normas naturales son de justicia pura. En cambio, el fin del Derecho civil es el *bien común*, que deberá realizarse dentro de los límites de la justicia, pero con arreglo a la teoría del mal menor. En efecto, cuando, para salvar el Derecho de un particular, haya que sacrificar un interés mayor de la comunidad, evidentemente será más justo el sacrificio de aquél.

Por eso el Derecho civil no se limita a reforzar el Derecho natural y a determinarlo próximamente, sino que, a veces, con *causa justa* y para el *bien común*, puede incluso corregirlo, como reconocen todos los teólogos y, entre ellos, MOLINA. Así ocurre en materia de prescripción, de carencia de acción en los pactos nudos, etc.

No sabemos de nadie que haya tratado este punto de modo tan actual e insuperable como SUÁREZ, nuestro gran "Doctor eximio" (1). Su estudio parte de la crítica a una tesis de FORTÚN GARCÍA, que "intenta probar que el fin del Derecho civil es el mismo que el fin del Derecho canónico,

(1) El "Papa de los metafísicos" se ocupó de estas cuestiones en su maravilloso "Tratado de las leyes y de Dios legislador"; véase el tomo III de la traducción de TORRUBIANO; Madrid, 1918, al que se refieren las citas.

y que tiene el mismo origen y los mismos principios" (1). "Opina, pues, FORTÚN que el fin del Derecho civil es no sólo la paz externa y la justicia de la República, sino también la verdadera e interna felicidad y salvación del hombre" (2). "De donde es menester que sienta que el fin del Derecho canónico es solamente la policía humana externa... o que el fin del Derecho civil no consiste en la policía humana y paz externa y en la justicia de la República, sino también en tender a la verdadera felicidad humana" (3).

Ya el mismo planteo de la cuestión nos muestra la idea de SUÁREZ: veamos cómo la desarrolla en una magnífica serie de tesis:

1.ª "La potestad civil y el Derecho civil no intentan de suyo la felicidad eterna sobrenatural de la vida futura, como fin propio o próximo o último" (4).

2.ª "Tampoco intenta de suyo la felicidad espiritual propia de los hombres en esta vida y, consiguientemente, que ni puede de suyo disponer en materia espiritual o dar leyes de ella" (5).

3.ª "La potestad civil legisladora, aun considerada en el estado de pura naturaleza, no tiene por fin intrínseco y directamente intentado la felicidad natural de la vida futura; ni siquiera la propia felicidad natural de la vida presente, en cuanto pueda pertenecer a cada uno de los hombres como personas particulares; sino que su fin es la felicidad natural de la comunidad humana perfecta, cuyo cuidado lleva, y de cada uno de los hombres, en cuanto son miembros de tal comunidad, para que vivan en ella en paz y justicia y con suficiencia de los bienes que miran a la conservación y comodidad de la vida corporal, y con aquella probidad de costumbres que es necesaria para esta externa

(1) Loc. cit., pág. 127.
(2) Loc. cit., pág. 127.
(3) Loc. cit., pág. 127.
(4) Loc. cit., pág. 130.
(5) Loc. cit., pág. 131.

paz y felicidad de la República, que contiene la conservación de la naturaleza humana" (1).

Esta doctrina, que fundamentalmente es la misma de Aristóteles y Santo Tomás, representa la solución exacta del problema. El poder político y el Derecho civil son para la convivencia, para la seguridad de la vida y del tráfico. Sus disposiciones han de ser morales y justas; pero éste es el fin último y el límite de su actuación, que tiene un fin más próximo: el *bien común*. Por eso dice con razón SUÁREZ que "la potestad civil no cuida mucho de los actos internos, y aun acerca de ellos apenas puede cosa alguna... y es muy impotente o ineficaz para dirigirlos" (2).

Esto nos explica, por ejemplo, la razón de que gran parte del Derecho privado se apoye sobre presunciones, que con frecuencia no admiten siquiera prueba en contrario. Según el Derecho natural puro, la acción noxal sólo tendrá sentido en los casos de negligencia culpable; pero la seguridad jurídica exige que ésta se presuma en todos los casos.

Cosa análoga ocurre en la fundamental materia de prescripción de derechos y acciones, etc. Y tal es uno de los fundamentos de la teoría de la causa que vamos a exponer.

Pero sigamos todavía a SUÁREZ. Hasta aquí ha hablado del estado natural de la cuestión; ahora, en una cuarta tesis, nos va a decir que esencialmente ocurre lo mismo, supuesta la revelación cristiana y la existencia de Estados católicos: "Esta potestad civil, aun como está en los Príncipes cristianos, unida a la fe, no se extiende en su materia o en sus actos al fin sobrenatural o espiritual de la vida futura o de la presente, aunque lo pueden tener en cuenta los mismos legisladores, fieles al dar sus leyes, y, en parte, deban tenerlo y referir el mismo acto de dar la ley al fin sobrenatural" (3). SUÁREZ mismo explica su tesis diciendo que las leyes civiles han de subordinarse al fin sobrenatural negativamente, es decir, en cuanto a nada pueden contener

(1) Loc. cit., pág. 134.
(2) Loc. cit., pág. 137.
(3) Loc. cit., págs. 136-137.

que se oponga directamente a dicho fin; y, positivamente, de ordinario, por vía de simple consejo, salvo siempre la potestad indirecta del Sumo Pontífice para ordenarlo.

Por lo demás, como es lógico, SUÁREZ se opone denodadamente a las teorías de "los políticos de nuestro tiempo" y, en particular, de MAQUIAVELO, según las cuales, el legislador sólo ha de tener en cuenta la *razón de Estado,* saltando por encima del Derecho natural. "Pues si hablamos de la honestidad natural, más bien es ella necesaria para la paz y felicidad política de la República humana, como confiesan los textos civiles que inmediatamente citaremos. Mas, si se habla de la integridad de la fe y de la religión, consta por la misma experiencia que por ninguna cosa se conservan los reinos, aun en la felicidad temporal, que con la obediencia y conservación de la fe católica y de la religión" (1).

De paso diremos que aquí hay un detalle muy interesante, y es que entre los "políticos" a quienes combate SUÁREZ, algunos habían citado diversos textos romanos como prueba de que "las leyes civiles... sostienen, a veces, y fomentan actos malos por la comodidad temporal" (2). Pues bien; SUÁREZ analiza uno por uno los textos en cuestión, y concluye, que "nada hay en las leyes citadas que se oponga directamente a la equidad natural o a la honestidad" (3). Esta absolución general contra todas las acusaciones que SUÁREZ, de acuerdo con el mismo FORTÚN GARCÍA da al Derecho romano, es del más elevado interés.

Para zanjar definitivamente la cuestión, cree SUÁREZ que "la regla general es que una cosa es mandar lo inicuo, otra cosa permitirlo o no castigarlo, o no rescindir lo que está mal hecho; las leyes civiles, pues, no mandan lo inicuo; mas a veces lo permiten o lo toleran, para evitar mayores males" (4). Así, por ejemplo, es notorio que uno de los peores males en un Estado es la frecuencia y la larga duración de los pleitos; por eso (entre otras razones) el Derecho romano no daba acción a los pactos nudos. Si quieres obligarte, usa la estipulación, y así será fácil el diagnóstico y la prueba. Ahora bien; esto no es ordenar el incumplimiento de lo pactado, sino únicamente tolerarlo en algunos casos, para evitar mayores males.

(1) Loc. cit., pág. 146.
(2) Loc. cit., pág. 142.
(3) Loc. cit., pág. 146.
(4) Loc. cit., pág. 147.

Por lo demás, el mismo SUÁREZ añade que si la ley "se da prudentemente, no sólo no debe mandar lo torpe, pero tampoco dar peligro moral de pecar" (1). Lo cual es sobrado evidente, porque de suyo todo Derecho tiende al Bien y a la Justicia. Lo que ocurre es que a veces, para salvar un bien mayor y evitar mayores injusticias, ha de tolerarse algún mal hecho y alguna injuria. "Summum ius, summa iniuria".

"Y por la misma razón—dice el eximio Doctor—no puede la ley civil prohibir todos los vicios contra todas las virtudes, como la fornicación simple no escandalosa ni nociva, por otro lado, a la comunidad. Ni siquiera en la materia de justicia lo prohibe todo, como el engaño en la compra no más allá de la mitad o sin enorme lesión, y otras cosas parecidas... La ley civil debe ser acomodada a la comunidad humana, considerada según la condición natural, y, por tanto, por las leyes civiles no se prohiben todos los vicios; así como tampoco la potestad coactiva civil se extiende a todas las cosas, porque esto sería sobre la condición humana" (2). Y llega a afirmar que "cuando los vicios no son dañosos a la comunidad o se temen mayores males por el riguroso castigo de ellos, más bien deben ser permitidos que cohibidos" (3).

Viceversa: "la donación liberal es de suyo buena, y, no obstante, puede ser prohibida por justa causa por la ley ci-

(1) Loc. cit., pág. 148.
(2) Loc. cit., pág. 134.
(3) Loc. cit., pág. 157.

vil y hacerse mala sólo por estar prohibida; y así de otras cosas" (1).

En conclusión: es en principio falsa la teoría que, a partir de THOMASIO y, sobre todo, de KANT, afirma que no existe relación alguna entre Moral y Derecho; que se trata de dos órdenes completamente distintos y aun opuestos. Ya vimos que el Derecho es una de las secciones del orden moral; las normas jurídicas son normas morales, relativas a la virtud de la justicia, y obligan, por tanto, en conciencia. Hasta el punto de que un jurista y filósofo tan eminente como RENARD llegó a decir: "No sé por qué la mayoría de los juristas imaginan entre el Derecho positivo y la Justicia o moral social una línea intermedia, a la que reservan el nombre de Derecho natural" (2); lo cual, sin duda, no es aplicable al concepto dado por nosotros.

Es evidente, pues, la contestación que debe darse al gran interrogante planteado por RIPERT: "Al que reflexiona sobre las relaciones entre el Derecho y la Moral, se le plantea de nuevo y con mayor fuerza, hecha la debida distinción, la cuestión de si el Derecho puede, cortado de su raíz, vivir por la única fuerza de su técnica" (3). Como dice JOSSERAND, "el Derecho ha de continuar dominado por la Moral, por ser su representación sensible y coercitiva" (4).

No hace falta (después de las obras de CATHREIN y los modernos jusnaturalistas, y, sobre todo, de la experiencia histórica de los tiempos modernos), insistir en los absurdos de la posición contraria. El resultado final es la teoría kelseniana del Derecho puro, que es precisamente la negación del Derecho. Si las Cámaras votan la licitud del homicidio, ése es el Derecho; si los judíos piden que se mate a Jesús y se libere a Barrabás, ésa es la Justicia.

(1) Loc. cit., pág. 161.
(2) G. RENARD, "Le Droit, la Justice et la Volonté"; París, 1924, página 21.
(3) Georges RIPERT, "Droit naturel et positivisme juridique"; Marseille, 1918; pág. 2
(4) "Les mobiles dans les actes juridiques de Droit privé"; París, 1928.

Ahora bien; el Derecho civil no es toda la Moral. Más aún: nos atreveríamos a decir que tiene su Moral propia. Con lo cual no hacemos más que repetir la diáfana doctrina de SUÁREZ. El principio capital, lo repetimos, ha de ser el *bien común*.

Prosigamos. El Derecho objetivo (natural y civil) señala a cada hombre una serie de obligaciones o deberes; pero también le otorga derechos (subjetivos) o facultades. Creemos que este concepto clásico es indestructible, si bien ha de integrarse en el que previamente establecimos de relación jurídica. Algunos de estos Derechos son naturales anteriores al mismo Estado: así el derecho a la vida, al honor, a la familia. Muchos otros tienen sentido solamente dentro de la organización estatal; así el derecho a llevar a otro ante los Tribunales, el derecho a la protección, etc.

Por lo tanto, es evidente que el Derecho señala al hombre un círculo de autonomía, de facultades. Y no puede decirse que se trate de una concesión absolutamente graciosa del Estado, de modo que el individuo sea únicamente el fiduciario de la comunidad. Por eso no se puede, por ejemplo, en base a una pretendida defensa de la raza, matar a los deformes, como hacía Esparta, ni esterilizar a los enfermos hereditarios.

Pero es mucho más falsa todavía la afirmación liberal e individualista de que el Estado y la comunidad son meros espectadores en el choque de los círculos jurídicos privados, siendo su único fin el evitar que la demasiada libertad de uno menoscabe la de los demás.

Es lo cierto que el individuo tiene fines propios que cumplir, pero que ha de cumplirlos viviendo en comunidad. Y desde este momento es uno de los miembros de ésta, y debe, por tanto, subordinar sus fines temporales (que, en definitiva, son los que interesan al Derecho civil) a los de la comunidad. Por eso el Estado limita el círculo de la autonomía privada, no sólo para que no entorpezca a los demás, sino muchas veces en interés propio; y puede inclusi-

ve hacer tabla rasa, con justa causa, hasta de los derechos más sagrados, como el derecho a la vida, si lo exige irremediablemente la propia vida de la comunidad.

En este sentido, la autonomía privada será el círculo de derechos, la esfera de poder que el Derecho positivo deja a cada voluntad para que desenvuelva sus propios intereses y los de la comunidad. Así, sí que se puede decir que el individuo es un fiduciario responsable. Además, se conjuga el principio de la *objetividad* del Derecho, que ha de ordenarse a un fin supremo y a una idea racional, con el sano *voluntarismo*, tradicional en nuestra cultura y, particularmente, en la doctrina española, que puede presentar a un filósofo armónico en este sentido, a la vez que gran jurista: Francisco SUÁREZ, tan injustamente criticado por algunos en nuestros tiempos (1).

Lo cual supuesto, es admisible la tesis de SAVIGNY (siempre *cum grano salis*): "Sirve el Derecho a la Moral, no cumpliendo directamente sus preceptos, sino asegurando al individuo el ejercicio de su libre arbitrio; el Derecho tiene existencia propia, y aunque en ciertos casos el ejercicio de un derecho particular presenta un carácter de inmoralidad aparente, no implica esto contradicción alguna" (2).

Así nos explicamos, por ejemplo, el problema del *abuso del derecho* (3). No hay contradicción alguna, como dice SAVIGNY: el uso de un derecho puede ser inmoral, un verdadero abuso. Si la ley que fundamenta un derecho es inicua, no existe derecho; así no se puede hablar de un derecho al divorcio. Pero puede ocurrir que una ley completamente justa establezca un derecho equitativo y conveniente para la Sociedad, como es dentro de ciertos límites la propiedad privada; de este *derecho* se puede *abusar*. Pero

(1) DELOS, "La Société Internationale", París, 1929.
(2) "Sistema", I, pág. 223.
(3) Véase CALVO SOTELO, "La doctrina del abuso del Derecho como limitación del Derecho subjetivo", Madrid, 1917; CASSO y ROMERO, "Aportación a la sistemática del abuso del Derecho", Sevilla, 1935. Cfr. DEMOGUE, con abundante bibliografía.

sería un mal mucho mayor abolir la institución o el derecho para evitar los abusos. Lo que sí se podrá hacer será disminuirlos en lo posible, mediante la creación de una buena administración de justicia, con magistrados capaces, a quienes se pueda dar una considerable amplitud de juicio y decisión; pero la posibilidad del abuso está implícita en el mismo concepto de derecho subjetivo.

Proseguimos. Se ha discutido mucho la cuestión de la *coactividad del Derecho*. Desde el momento que admitimos que existe un Derecho natural, hay que reconocer la existencia de un Derecho sin coactividad, al menos inmediata. Pero sí es evidente que el Derecho positivo ha de ser coactivo, si ha de servir para algo. No hay Derecho civil sin Estado, ni Estado sin poder.

Por eso en Derecho civil no hay derecho subjetivo sin acción; lo demás son simples *pretensiones* morales, que podrán estar basadas en el Derecho natural, pero que no tienen la íntegra perfección del *derecho*. "El orden o el estado normal del Derecho... resulta de la conformidad de los actos con sus reglas respectivas. Mas por lo mismo que la libertad constituye su esencia, debemos admitir la posibilidad de actos libres contrarios a este orden, es decir, violaciones del Derecho, que turban su estado normal" (1). De aquí deduce SAVIGNY la consecuencia evidente de que no hay Derecho civil sin coacción, como no hay derecho subjetivo sin acción (2).

Como el fin último del Derecho civil es el mismo del Derecho natural, es decir, la Justicia y el Bien, a ser posible, toda pretensión moralmente fundada debería ir respaldada por un derecho subjetivo. Pero hay un límite: el *bien común*.

(1) SAVIGNY, "Sistema", I, pág. 1.
(2) Como dice IHERING, "el último romano", "La acción es, pues, la verdadera piedra de toque de los derechos privados. Cuando no hay lugar para la acción, el Derecho civil cesa de proteger los intereses y la Administración ocupa su lugar". "L'esprit du Droit romain", volumen IV, pág. 338.

El bien común, efectivamente, no permite la complicación en la administración de justicia; exige que ésta sea rápida, eficaz, diáfana. Exige, asimismo, un grado mínimo de seguridad en el tráfico, con las consecuencias de la *publicidad* y de las adecuadas *presunciones*, etc. Como diría el gran RENARD, "dans la vie sociale, une règle médiocre vaut mieux que des fantaisies geniales: ne l'oubliez jamais" (1).

De aquí que la voluntad privada no pueda producir efectos de derecho sin una *causa suficiente* para que la máquina jurídica se ponga en marcha. Lo contrario sería opuesto al *bien común*, y en definitiva, *injusto*.

III.—LOS TERMINOS

Que la *causa jurídica*, si para algo ha de servir, tiene que ser un límite a la capacidad de la voluntad privada, para producir efectos de derecho, en cuanto lo exija el bien común, era algo, al menos, presentido ya por todos los autores modernos, de vuelta ya de la euforia individualista. Así dice BUFNOIR que "la autonomía de la voluntad no es suficiente para que ésta se vincule por sí sola, pues la ley quiere conocer el *porqué* se obliga, apreciando, al mismo tiempo, su *finalidad*" (2).

Análogamente escribe SALEILLES que "la teoría de la causa pone un límite al principio de la libertad ilimitada, en el sentido de que tratándose de un acto por el que alguno se obliga, siempre será lícito al juez, en virtud de los poderes que la ley le confiere..., indagar el fin directo a que esta obligación tiende y que, según la ley misma, entra forzosamente en el contenido del acto" (3).

Pero la estrecha concepción legal y el ídolo de la autonomía privada mal entendida, incapacitaban a estos autores para llegar a un concepto extenso y eficaz.

(1) G. RENARD, "Le Droit, la Logique et le Bon Sens"; París, 1925.
(2) BUFNOIR, "Propriété et contrat"; París, 1900; pág. 809. Citado por DABIN, pág. 3.
(3) SALEILLES, "De la declaration de volonté"; París, 1901; página 252. Cit. por DABIN, pág. 3.

Hay uno, sin embargo, que forma excepción: DEMOGUE. Este gran civilista francés empieza planteándose el problema dentro de la construcción legal vigente: "La ley—dice—ha dado fuerza a los actos jurídicos unilaterales o bilaterales, porque estima, en general, que lo que ha sido querido por una sola persona en ciertos casos, o por varias que tengan intereses divergentes, será conforme con el interés general: teoría individualista que supone la armonía preestablecida del interés de uno solo o de varios con el de todos" (1). Pero como esta presunción "contiene una gran parte de verdad, pero no toda la verdad", la ley establece un control, con el fin de asegurar que el acto no carecerá por completo de utilidad social. Este control se ejerce, según DEMOGUE, por medio de la teoría del *objeto* y de la *causa*.

Pero al llegar aquí, DEMOGUE se separa por completo de la teoría seudoclásica, reputándola del todo insuficiente. Para él, el objeto no es el *quid debetur?*, ni la causa el *cur debetur?* Según dicho autor, cada uno de estos conceptos responde a una idea madre: la teoría del objeto es la que se refiere a la "*utilité subjective de l'obligation*"; la teoría de la causa investiga su "*utilité sociale*". De modo que una obligación tendrá *objeto* cuando reporte alguna utilidad subjetiva para las partes que intervienen en el contrato; y tendrán *causa* cuando la Sociedad tenga algún interés en su cumplimiento. Viceversa, habrá una *causa ilícita* si a la Sociedad le interesa más bien que el contrato no produzca efectos.

Recomendamos la lectura de estas páginas de DEMOGUE, autor solidísimo, y al cual debemos tal vez la inspiración primera de todo este trabajo. Además, presenta una muy interesante y bien seleccionada colección de la rica jurisprudencia francesa.

(1) DEMOGUE, op. cit., II, págs. 525-526.

Y prosigamos. Hay que insistir ante todo en la cuestión de principios. Hemos visto ya lo que debe entenderse por autonomía privada; como dice MICHEL, "la autonomía de la voluntad... es un *poder jurídico* que poseen las partes; mas, precisamente por ser jurídico, no puede pasar los límites puestos por la ley" (1); vimos asimismo la naturaleza de estos límites. Con toda precisión dice IHERING que "el *acto jurídico* es la forma en que la voluntad individual despliega su actividad creadora dentro de los límites que le asigna el Derecho. La voluntad no crea realmente más que dentro de estos límites" (2).

Ahora bien: ya vimos que estos límites no son algo accidental, impuesto por la necesidad de no estorbar a los demás. La autonomía privada no crea totalmente, pero la transforma y la moldea. Si el individuo no sirve con su autonomía a la comunidad, merece perderla en gran parte. Tal es el caso del pródigo o del sometido a interdicción civil, por ejemplo.

Es, pues, totalmente falsa la concepción liberal del acto jurídico. Refiriéndose concretamente al contrato, dice PÉREZ SERRANO que en dicha construcción éste "supone sólo un encuentro fugaz entre las partes, cuando sus mutuos y opuestos intereses se interfieren. Al coincidir en este punto de tangencia, nace el contrato, y pasado este momento, los contratantes quedan tan aislados como antes" (3). "Queda abandonado el contrato a la libre discusión de las partes, olvidando esta concepción liberal aspectos del mayor interés: el del tercero, que no puede ser neutral, y a quien alcanzarán las consecuencias del contrato; el de la colectividad y, en fin, el del interés común de los propios contratantes" (4).

Y ello, evidentemente, no puede ser. Como dice DEMO-

(1) MICHEL, "L'autonomie de la volonté..."; Marseille, 1933; pág. 10.
(2) IHERING, "L'esprit du Droit romain"; vol. IV, pág. 131.
(3) "La reforma del Derecho privado en Alemania", loc. cit., páginas 14-15.
(4) PÉREZ SERRANO, loc. cit., pág. 15.

DE IVSTITIA,

TOMVS SECVNDVS DE CONTRACTIBVS.

DOCTORE LVDOVICO MOLINA PRIMARIO quondam in Euorensi Academia Theologiæ professore, è societate IESV Autore.



CONCHAE.

Ex officina Michaëlis Serrano de Vargas.

Anno, M. D. XCVII.

CVM PRIVILEGIO.

Portada de la edición príncipe del Tomo II, "De contractibus". Cuenca, 1597.

GUE, el contrato no es siquiera una manifestación de la libre voluntad. Siempre hay una necesidad social. Incluso hay contratos del todo necesarios: piénsese en la subasta forzosa de bienes para pago de deudas, verdadera compraventa en que el Juez tiene una representación legal del deudor; carácter contractual constantemente reconocido por nuestra jurisprudencia.

Dice maravillosamente RENARD que "el contrato es simplemente una de las formas jurídicas del principio de la justicia conmutativa. La Justicia no es la resultante fortuita del libre juego de los contratos; los contratos son un procedimiento técnico apto para traducir la Justicia en los cambios. Pero la Justicia tiene preeminencia sobre el contrato" (1). Y más adelante precisa todavía: "El contrato, la voluntad bilateral, lo mismo que la unilateral, no son más que una herramienta. Sin duda, el contrato debe ser presumido en general conforme con la Justicia, por el hecho simple de haber sido libremente consentido; sin duda, la seguridad del tráfico exige que esta presunción tenga una gran fuerza y que no pueda ser fácilmente destruída y sin riesgo. Pero como no lo es ni siquiera la autoridad de la ley, la autoridad de los contratos no puede ser ilimitada. Hay circunstancias graves en que la letra de los compromisos debe ceder ante la evidencia de la injusticia que encierran" (2).

Pero nadie como IHERING ha hecho la crítica serena del mito de la *libertad contractual*. Para él, el Derecho subjetivo no es una soberanía de la voluntad, *porque sí*, para que pueda realizar sus caprichos. El Derecho es un *interés socialmente digno de protección;* la comunidad da medios, facultades, acciones para realizarlo. Esta es una concepción sumamente vital y fructífera que el genial jurista desarrolla así: "Si el fin último del Derecho es la voluntad, todas las convenciones que no contengan nada

(1) "Le Droit, la Justice et la Volonté", pág. 160.

(2) Loc. cit., pág. 160.

inmoral e ilícito deben tener fuerza jurídicamente obligatoria, y de hecho, muchos juristas y filósofos del Derecho han erigido en dogma la fuerza obligatoria abstracta de las convenciones. Resultaría de aquí que una convención que impusiera a una de las partes una restricción, sin procurar utilidad alguna a otra, por ejemplo, la convención de no poder enajenar una finca o de no ejercer determinada profesión, sería perfectamente válida. Es indiferente en absoluto que la persona que haya aceptado semejante promesa pueda o no invocar el menor interés en el mantenimiento del contrato. ¿Para qué? ¿No estriba el fin del Derecho en el poder de la voluntad, en la dominación?... Se presienten las consecuencias de tal sistema; prepara, trae consigo la esclavitud. Las restricciones crecerían cada vez más numerosas, más tiránicas, cada vez menos necesarias para las relaciones de la vida, sin utilidad para la persona en cuyo favor se crean. Sólo queda el fantasma de la verdadera libertad, y la propia voluntad facilita el instrumento de su suicidio" (1).

Aquí está el principio válido para elaborar una teoría de la causa. Es falsa la afirmación liberal, consagrada en los Códigos burgueses, de que un acto jurídico sea productor de efectos de Derecho, siempre que exista el consentimiento y que no se oponga el orden público y a las llamadas "buenas costumbres", que se interpretaban con gran laxitud. Tiene que haber algo positivo, una *causa civil*, para que el orden jurídico estatal se ponga en marcha. Una persona se compromete a no casarse o a no hacerse médico; su voluntad, en cuanto está de su parte, trata de obligarse; pero no hay causa bastante para que el orden jurídico establezca tales obligaciones.

Por eso el principio liberal es una gran mentira. La libertad de contratación quiere decir que los más hábiles, los más fuertes económicamente, podrán contratar como les dé la gana, sin que el Estado ni las Corporaciones puedan controlar sus abusos. El débil se *adhiere* al contrato que le dictan, al no haber quien le proteja. De este modo, la voluntad se destruye a sí misma, y la libertad mata a la libertad.

(1) "L'esprit du Droit romain", vol. IV, págs. 324-325.

Pero sigamos a IHERING: "La expresión de este culto a ultranza de la libertad sólo se encuentra en la Edad Media, en el principio de la fuerza absolutamente obligatoria del *juramento promisorio;* pero fué siempre extraña al Derecho romano. Este supo siempre prevenir el suicidio de la libertad... Los derechos no existen para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta, sino para garantir los *intereses de la vida,* ayuda de sus necesidades y para realizar sus fines." Y concluye: "tal es también la medida de las convenciones. Todas las que no presentan ningún interés en este orden de ideas; son nulas; no dan origen a una servidumbre ni a una obligación" (1).

IHERING sabía perfectamente que la libertad y la dignidad del hombre son valores eternos e intangibles. Y precisamente porque lo sabía, distinguía perfectamente la verdadera libertad de su fantasma, que es el liberalismo. Dedica a ello un capítulo formidable: "La libertad objetiva de las instituciones como barrera para la autonomía subjetiva" (2). Parte de la base expuesta: la libertad (que, como dicen los escolásticos, es la facultad de poder obrar siempre bien) no es un derecho, sino un deber; por eso el Derecho tiene que impedir que se pueda destruir a sí misma. En efecto, la libertad tiene una base moral: la misión creadora de la personalidad. Por eso el Estado "no debe reconocer y realizar más que esta libertad verdadera, fundada en la Moral" (3). Su papel, por tanto, lejos de ser en principio la *abstención,* es de suyo la *intervención.*

IHERING propone como modelo cumbre el Derecho ro-

(1) IHERING, loc. cit. Véase, para todas estas cuestiones, su obra fundamental "Der Zweck im Recht", 2 vol. Leipzig, 1923.
(2) IHERING, op. cit., vol. II, págs. 214-228.
(3) Loc. cit., págs. 214-215.

mano. "No ha habido jamás—dice—un Derecho que haya concebido la idea de la libertad de modo tan digno y justo como el de Roma" (1). La libertad era allí una propiedad objetiva de las instituciones. Todo acto que se oponga al fin de la institución es, por eso, nulo de pleno derecho.

Veamos un ejemplo. Para los romanos era esencial la libertad de testar; es decir, objetivamente, el acto de disposición por última voluntad tenía que ser libre. Todo acto que se oponga a este principio es nulo: así la donación de todos los bienes presentes y futuros, el pacto sucesorio, etcétera, etc. Un liberal protestará, en base a la libertad, de que se prohiban estos actos de libre compromiso; pero el romano estima en más la verdadera libertad objetiva de testar que le dan sus leyes. "La renuncia convencional a la libertad personal es imposible en Derecho romano" (2).

Ihering enumera una serie de ejemplos típicos del Derecho clásico. Así, la necesidad de que toda condena sea en dinero; la nulidad de ciertas cláusulas penales; asimismo de los legados con carácter penal, etc. Del mismo modo, el principio de libertad en el matrimonio; y en Derecho sucesorio, el que antes expusimos: "ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum" (D., XXXIV, 4, 4).

Hace especial hincapié en la libertad del dominio, con las dificultades que se ponían para su gravamen, sobre todo a largo plazo. Así se explican las restricciones en materia de censos, de usufructo, de servidumbres reales, etc. El patrimonio no puede pasar a las generaciones venideras con subdivisiones y complicaciones que disminuyen su libertad y aumentan los pleitos, que son la peor de las esclavitudes. Lo mismo cabría decir en materia de copropiedad, etc.

En conclusión, como dice Ihering, por todas partes volvemos al mismo principio: "la libertad, como condición

(1) Loc. cit., pág. 215. Esta afirmación puede parecer paradójica, pero es certera.
(2) Ihering, loc. cit., pág. 217.

del desarrollo moral, es para el hombre una ley suprema; es un bien que no puede disminuir jurídicamente, ni para sí propio ni para sus sucesores" (1). Así nos explicamos el fundamental principio romano en materia de obligaciones: "... ubi *de obligando* quaeritur, propensiores esse debere nos si habeamus occasionem ad negandum. Ubi *de liberando*, ex diverso ut facilior sis ad liberationem" (2).

De este modo comprendemos perfectamente que Ihering, empapado hasta la medula del espíritu romano, sea el gran paladín del *formalismo jurídico* (racionalmente entendido, por supuesto). "Enemiga jurada de lo arbitrario, la forma es la hermana gemela de la libertad" (3). Por eso en Roma "el más completo desarrollo en la era de la libertad señala también el rigor más estrecho de la forma" (4). Nosotros ya vimos cómo en Derecho romano *formalismo* y *causalismo* son dos principios que no pueden separarse. Lo malo fué que "las formas romanas sobrevivieron a la libertad romana" (5), y por eso fueron mal interpretadas al separarse de su propio espíritu. Así nos explicamos la injusticia que comete el propio Molina cuando protesta airado de "las sutilezas del Derecho civil".

Lo cual supuesto, vamos por nuestra parte a intentar precisar un poco los *términos*. Una de las mayores dificultades con que tropieza la ciencia jurídica es precisamente la cuestión léxica. Empleamos palabras de uso vulgar y común con otras ciencias, en todo caso de una gran riqueza comprensiva, que dificultan la precisión. Un médico sabe perfectamente lo que es el *masetero*, que no puede ser más que un músculo determinado de la cara; pero un jurista que se tropiece con la palabra *acción* tendrá que averiguar

(1) Loc. cit., pág. 228.
(2) D., XLIV, 7, 47.
(3) Ihering, op. cit., vol. III, pág. 158. Véase sobre estas cuestiones dicho vol. III, desde la pág. 109 en adelante.
(4) Loc. cit., pág. 157.
(5) Loc. cit., pág. 157.

si se usa en sentido vulgar o en sentido filosófico, o finalmente en sentido técnico jurídico.

Pero la palabra *causa*, tan traída y tan llevada por metafísicos, hombres de ciencia y jurisconsultos, es un verdadero enigma, un prodigioso laberinto. No sería pequeño el volumen que se escribiera sobre sus diferentes significados y la historia respectiva de ellos.

Etimológicamente, nuestra *causa* procede de la misma voz latina, cuya evolución lógica da la palabra *cosa*, del lenguaje vulgar, aparte del cultismo *causa*. El originario sentido latino responde a la forma vulgar; la *causa* es la *cosa*, el asunto, el negocio, la cuestión. El sentido filosófico es posterior, y no se disciplina unívocamente hasta la Escolástica.

No podemos entrar en la historia de las controversias que sobre la causa y sobre su significación han planteado los filósofos. Pero creemos que sigue siendo insuperable en este punto la técnica aristotélico-tomista (1). *Causa*, en general, es aquello de que depende la realidad de una cosa (ser o fenómeno). "Illud est proprie *causa* alicuius sine quo esse non potest" (2).

Hay cuatro géneros de causas que clásicamente se suelen explicar con el ejemplo de la estatua. Existe, en primer lugar, una *causa eficiente*, "id a quo ens fit id quod est", que es el agente dinámico que hace la cosa: en el caso de la estatua, el escultor.

Este agente es impulsado a obrar por la *causa final*, "id propter quod, vel cuius gratia aliquid fit": el escultor trabaja por el honor, por el deber, por el dinero.

Pero el mismo ser corporal de la cosa causada está integrado por otras dos causas, sin las cuales no se concibe: la *causa material*, "id ex quo aliquid fit et in quo existit": así, la estatua es de mármol; y la *causa formal*, "id quo

(1) Cfr. Piat, "Les causes d'après Aristote", en "Revue de Philosophie", París, 1903.
(2) Santo Tomás, "Summa Theologica", 3.ª, q. 86, art. 6.

ens est id quod est", o sea la forma, que hace que esto sea una estatua y no una columna o un bloque de mármol.

Si quisiéramos aplicar esta doctrina al efecto de Derecho producido por un acto jurídico, diríamos que las partes son la causa eficiente: pero no exclusivamente, sino en colaboración con el ordenamiento jurídico; la causa final es el motivo del acto; causa material sería la relación jurídica preexistente, y causa formal, la naturaleza o índole del efecto producido (1).

Ahora bien: en la ciencia jurídica la palabra *causa* se toma en muy diverso sentido. Ya vimos que para los romanos el sentido fundamental de causa era el de *cosa*, negocio, relación jurídica objetiva. Hay *causa* cuando existe una realidad económicojurídica que baste para interesar al Derecho, para que se conceda una *actio*. Pero muchas veces se usan también estas palabras en las fuentes en un sentido más bien psicológico: se nos habla de lo dado *ob causam*; de la *condictio causa data causa non secuta*, etc.

Estos sentidos son, a nuestro parecer, los que deben interesarnos, separándolos cuidadosamente. Prescindamos por un momento de toda otra concepción o teoría en nuestro entendimiento. En Derecho nos conviene perfilar estos dos conceptos:

1.º Un concepto *psicológico, subjetivo*, que en muchos casos será la base capital para el otro. En este sentido cabe hablar de la causa de un acto jurídico para cada una de las partes; por ejemplo, de la causa de una venta o de una compra, o de una donación o de una disposición testamentaria. Esta causa es lo que filosóficamente denominamos *causa final*, y vulgarmente, *motivo*.

2.º Un concepto *objetivo*, que es el más importante. En este sentido existe *causa jurídica* o *causa civil* cuando una relación económica o social tiene la suficiente relevancia para

(1) Cfr. la originalísima "Teoría general del Derecho", de Carnelutti; Madrid, 1941.

interesar al orden jurídico civil, para que éste la considere como relación jurídica (1).

Veamos algunos casos. Hay una serie de supuestos en los cuales una persona está obligada a prestar alimentos a otra, porque el legislador cree que en estos casos la obligación moral es tan fuerte, que debe ser reforzada por un deber jurídico. En otros casos, la Moral—la virtud de la caridad—nos impone un deber parecido, pero no hay *causa civil* bastante.

En los *cuasicontratos* (es típica a este respecto la gestión de negocios ajenos) hay una relación económica, social y moral: si el legislador encuentra causa civil bastante, hace surgir relaciones obligatorias.

La teoría del *riesgo profesional, riesgo industrial*, etc., y en general, todos los casos de responsabilidad sin culpa, se basan en la existencia de una causa civil. El derecho burgués liberal y voluntarista se negaba a su admisión.

Las *solemnidades* jurídicas se basan también en el principio de la causa civil. El legislador presume que hay causa suficiente cuando se cumplen ciertas solemnidades: registro, documento público, etc.

En los contratos, ordinariamente se presume que el pacto libremente consentido es causa bastante. Pero el juez ha de tener gran amplitud de juicio para comprobarlo, manejando como elemento primordial la causa psicológica o final.

Podríamos multiplicar los ejemplos, pero creemos que con lo dicho es suficiente para la claridad de nuestro pensamiento. Es claro que la cuestión primordial de toda la teoría de la causa que se apoye en estos fundamentos ha de ser precisamente la relación entre ambos conceptos, subjetivo y objetivo. O, lo que es lo mismo, hasta qué punto el juez podrá to-

(1) Nuestro Código civil emplea algunas veces la expresión *justa causa* en este sentido. Así dice en su art. 58 que "La mujer está obligada a seguir a su marido dondequiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán, *con justa causa*, eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o a país extranjero." Cfr. también arts. 899, 900, etc.

mar en cuenta el primero para determinar la existencia del segundo. Que es volver a plantear, creemos que con más precisión, la vieja cuestión de causa y motivo.

Como dice RENARD, "todo contrato encierra una serie de afirmaciones: afirmación de que tal es la voluntad de las partes; pero también la afirmación de cada una de que tiene lo que se le da por el equivalente de lo que ella entrega; en otros términos, afirmación de que el contrato es justo. Todas estas afirmaciones están incluidas hasta en las formas más simplificadas del contrato. Estoy a punto de afirmar que son más sensibles que nunca... cuando son falsas y mendaces. La donación disfrazada bajo la forma de compraventa... es la afirmación de una equivalencia... que precisamente falta" (1).

Este sutil análisis nos puede servir de punto de partida. En principio, los hombres tienen derecho a la contratación más o menos reglamentada, porque es el mejor medio de realizar sus propios fines, y, por tanto, en cuanto está de su parte, contribuir al cumplimiento de los fines de la comunidad. Ahora bien: ésta debe cuidar por que los contratos sean justos, conmutativos; de lo contrario, ocurrirá que la parte más fuerte abusará de la más débil, con lo cual no sólo se perjudica ésta, sino también la misma comunidad. Ha de presumirse que las partes aspiran a la más equitativa compensación en los contratos; de aquí que falte la causa siempre que haya lo que pudiéramos llamar lesión enorme, tomando el nombre de una institución particular del antiguo Derecho, suprimida, por cierto, por el liberalismo. En principio, esto debe quedar al arbitrio del juez.

Nuestro Código civil, por lo demás, hace algunas aplicaciones particulares de este principio; así, en materia de saneamiento (artículos 1.474-1.483 1.540, 1553, 1.643, 1.681, 1.069 y 1.071, 638, etc.) y vicios ocultos (1.484-1.499, etcétera); lo cual, como veremos, tiene una gran importancia práctica.

(1) RENARD, "Le Droit, la Justice et la Volonté", pág. 206.

Por la misma razón ha de entenderse que las partes no se hubieran obligado en caso de prever importantes cambios en la situación respectiva y, en general, de las condiciones económicas. Todo contrato lleva implícita la cláusula *rebus sic stantibus*, a no ser los que ya se denominan *aleatorios;* y por cierto, MOLINA hace constantes aplicaciones de este principio. Nuestro Derecho vigente admite algunos casos: la revocación de las donaciones por nacimiento subsiguiente de hijos (artículos 644-646) y por ingratitud del donatario (artículos 648-650) son los ejemplos más típicos. El fundamental principio del artículo 1.124 y toda la cuestión de anulabilidad de los contratos en general, así como las cuestiones de responsabilidad por incumplimiento podrían reducirse a unidad de este modo.

La dificultad, lo repetimos, está en determinar hasta qué punto se pueden investigar los motivos, la causa final de las partes. Desde luego, hay que rechazar en absoluto la teoría seudoclásica, que es perfectamente inútil. La misma reelaboración de CAPITANT parece insuficiente; la circunstancia de que las partes hayan incorporado o no los motivos al contrato (en la práctica, al documento contractual) no parece criterio suficiente. Creemos sinceramente que CAPITANT se ha visto aprisionado por el texto legal y, sobre todo, por el principio de la autonomía privada y de la soberanía del contrato, verdadero fetiche del liberalismo.

Es menester que el juez pueda ver si hay causa jurídica en el negocio intentado, y para ello tendrá muchas veces que investigar los motivos, incluso los remotos del acto. Así, en las donaciones tendrá que hacerlo en la mayoría de los casos, para apreciar su moralidad o inmoralidad y, consiguientemente, su validez o invalidez. Pero también podrá ocurrir ello en los contratos onerosos.

Por tanto, cae por su base el principio del artículo 1.277. La causa es lo único que no puede presumirse nunca en los actos jurídicos que pasen por ante el Juez. Sólo puede presumirse la causa jurídica en los actos que la ley declare expresamente *abstractos* (y de éstos nos ocuparemos más adelante).

Lo que sí es verdad es que, en principio, se ha de presumir que los contratantes tuvieron una causa psicológica suficiente y verdadera, mientras no demuestren lo contrario. Que es muy distinto.

Se nos dirá tal vez que esta doctrina supone abrir la mano extraordinariamente al arbitrio judicial. Y responderemos que así es, en efecto, y que lo que hace más falta es crear una magistratura capaz y digna, y entonces no habrá problema. Pero el mejor juez del mundo no podrá lucirse mucho, si se le dice que en una compraventa lo único que podrá investigar es si hay o no un precio y una cosa; y en una donación, la existencia pura y simple del ánimo de liberalidad.

Creemos, por el contrario, que la idea que hemos desarrollado de causa civil es una idea fuerza, una idea operante. No es un concepto técnico, pero puede ser madre de muchos.

Y por lo que toca al concepto de causa psicológica, creemos esencial la afirmación que, de momento—es decir, hasta que la misma práctica jurisprudencial los vaya determinando—, no se pueden poner trabas al juez para su apreciación. Lo cual tiene, como veremos, especial importancia en materia de ilicitud de la causa.

IV.—LAS POSIBILIDADES

Creemos sinceramente que toda reforma del Derecho privado ha de partir de ideas muy similares a las expuestas, si ha de ser verdaderamente viable y racional. Más aún: que el concepto de causa civil ha de ser la linterna que guíe al mismo legislador en estas materias. La técnica es algo de añadidura.

Pero, incluso de momento y dentro del Derecho vigente, este concepto puede ser muy útil.

Vaya por delante la afirmación siguiente, que podrá parecer temeraria, pero que es producto de madura reflexión: *todos los artículos del Código civil que tengan carácter cons-*

titucional y no meramente privado (por ejemplo, el 349, el 1.091, el 1.255, etc.) *han de considerarse derogados en cuanto se opongan al espíritu del Movimiento Nacional, formulado en sus textos fundamentales.*

En efecto, trátase de un Código liberal, que mientras no se derogue expresamente tendrá vigor en lo que sea propiamente *ley civil*, pero no en esta parte que se refiere más propiamente al Derecho público. Creemos que, en esencia, es aplicable aquí el decreto de 1 de noviembre de 1936: "La naturaleza del Movimiento Nacional no necesita de normas derogatorias para declarar expresamente anuladas todas cuantas se generaron por aquellos órganos que, revestidos de falsa existencia legal, mantuvieron un ficticio funcionamiento puesto al servicio de la antipatria, etc." (1).

Por consiguiente, en lugar de estas normas generales del Código, deberán aplicarse los principios generales del Derecho (artículo 6) y las declaraciones contenidas en los Puntos del Movimiento y del Fuero del Trabajo. En todo caso habrá de reconocerse la preferencia de estos últimos, en cuanto se opongan al Código en sus normas generales.

Por otra parte, ya hicimos observar que el Código civil, como no podía menos en virtud de su abolengo romano, admite casos particulares del principio causalista en materia de cláusula *rebus sic stantibus* y de presunción de justicia en el negocio, por parte de los contratantes. Creemos que nuestros jueces, y muy especialmente nuestro Tribunal Supremo, podrán extender por analogía dichas disposiciones, siempre con la vista puesta en el supremo fin del Derecho, que es la Justicia y el bien común.

Y ya que hemos hecho alusión a nuestro Supremo Tribunal, bueno es advertir que así lo viene haciendo en multitud de casos, en su fase actual de reorganización. En general, se nota, sin embargo, un exagerado apego a la jurisprudencia anterior, que precisamente debe ser rectificada en su espíritu. Y ésta sería la gran labor actual del Tribunal

(1) *Boletín* de 5 de noviembre de 1936.

Supremo: la aplicación de la ley, más o menos perfecta, pero vigente, con un espíritu totalmente nuevo, impregnado de las esencias del Movimiento. Tal es la misión sempiterna de la *interpretatio*, encargada de sufrir la lentitud del proceso legislativo, especialmente notable en el Derecho civil.

Como no podía menos, el Supremo ha tenido que ocuparse en sus fallos recientes del problema de la causa. El alto Tribunal respeta, en principio, la doctrina legal, pero hace alusión constantemente a las nuevas corrientes doctrinales, y particularmente al sistema de CAPITANT. Pero alguna vez el gran sentido jurídico de los eximios jurisconsultos que lo integran se eleva por encima de unas y otras doctrinas, llegando, como veremos a continuación, a extremos sorprendentes. Entre estas sentencias destacan las cuatro que pasamos a comentar sobriamente. La de 22 de febrero de 1940 declaró la nulidad de una compraventa que encubría donación, afirmando en uno de sus considerandos "que cualquiera que sea el concepto que en el terreno meramente doctrinal merezca la construcción de la teoría de la causa contractual, es lo cierto que en nuestro Derecho figura como un elemento esencial del contrato, independientemente de los demás que integran la relación obligacional e inconfundible con la voluntad y con el motivo, por derivar éste del querer y tener la causa un *carácter puramente objetivo*. Y éste es el criterio que a pesar de los esfuerzos de las teorías anticausalistas prevalece en la jurisprudencia de este Tribunal, el cual viene repitiendo que no debe confundirse el sentido léxico de la palabra causa con la acepción jurídica de la misma voz, que si unas veces equivale a título, en materia contractual tiene un significado especial y concreto, definido en esencia por el artículo 1.274 del Código civil, que entiende por causa de los contratos onerosos para cada parte la prestación de una cosa o servicio por la de otra; de donde se sigue que la causa en el contrato de compraventa no es la razón primera determinante de la voluntad o el fin u objeto que se persiga por cima o con independencia de los efec-

tos propios de la convención, sino que lo es para el vendedor el precio estipulado, y para el comprador, la cosa a cuyo dominio aspira".

Nada hay, a la verdad, en este considerando que no sea la repetición vulgar de lo que denominábamos teoría seudoclásica de la causa; cosa por lo demás muy explicable, ya que el alto Tribunal ha de ejercer su misión pretoriana por entre los resquicios que le deja el Derecho vigente.

Pero veamos este otro, de la misma sentencia. Una de las partes pedía que, con arreglo al artículo 1.276, el acto jurídico fuese declarado, no obstante, válido, si no como compraventa, al menos como donación. Pero el Supremo declaró que "la recta aplicación del citado precepto exige que en los negocios simulados, o sea con causa falsa, *se justifique la verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley*. Y, como dice la sentencia de este Tribunal de 3 de marzo de 1932, esta rigurosa doctrina ha de ser especialmente impuesta en las donaciones puras y simples, que requieren solemnidades *que protejan al transferente contra sus desordenados impulsos*, y al donatario, de una adquisición en apariencia precaria o, por lo menos, desprovista de las defensas consiguientes en los actos formales...".

Aquí sí que nuestro Tribunal Supremo ha aplicado una concepción de la causa jurídica verdaderamente justa y adecuada a las circunstancias del caso. La ley, en principio, admite que los hombres se dejen llevar del noble impulso de la liberalidad, y que en virtud de ello se obliguen y en definitiva enajenen sus bienes. Pero ha de haber una *causa*: es decir, que el donante habrá de cumplir los requisitos establecidos por el Derecho para que se pueda presumir que ha obrado normalmente, como un buen padre de familia. Se le deja que sea él mismo árbitro de la causa, pero ha de constar que efectivamente hubo ese arbitraje.

También se alude a la seguridad del tráfico: existiendo,

finalmente, una idea que domina la sentencia toda, cual es la del *bien común*.

Otra sentencia interesante es la de 14 de diciembre de 1940. Declara en uno de sus considerandos "que reconociéndose en el recurso que el contrato en cuestión no adolecía cuando nació de ningún vicio de nulidad, no puede invocarse la inexistencia de causa como sobrevenida con posterioridad, porque siendo la causa, en la concepción de nuestro Código civil, uno de los elementos constitutivos del contrato, necesarios para darle nacimiento, hay que referir su existencia a este momento creador del vínculo; y la prolongación de la teoría de la causa más allá de la formación del contrato, invadiendo el terreno de otras figuras jurídicas más o menos relacionadas con ella, porque la desplazan de sus términos legales estrictos, aun cuando guarde conformidad con algunas orientaciones de la moderna doctrina científica, no encuentra apoyo alguno en nuestra ley civil vigente".

Ciertamente, tal doctrina denotaría timidez, de acuerdo con lo que dijimos anteriormente, sobre las posibilidades y aun obligaciones de la jurisprudencia, si no sospecháramos que la razón primordial de este considerando fué que en el caso propuesto no hubiera conducido a nada la aplicación del sistema de CAPITANT, por ser más justa la solución que efectivamente se dió.

Es más interesante otro del mismo fallo, según el cual, "por muy grande que sea la extensión que las doctrinas actuales y la jurisprudencia han dado al concepto de la causa ilícita, al traer a ella numerosas y fecundas aplicaciones de una concepción subjetivista de la causa, que viene a ensanchar los horizontes de la concepción clásica y legal de ella, en nada facilita dicho concepto la viabilidad del presente recurso, toda vez que *lo que caracteriza fundamentalmente la ilicitud de la causa es la lesión de un interés general de orden jurídico o moral*, y en la convención de autos no hay fin perseguido ni móvil alguno que pueda considerarse contrario a las leyes o a las buenas costumbres". Este enlace de la

causa de los intereses generales ya hemos visto que es el verdadero fundamento de toda aplicación fructífera de este concepto.

Otra sentencia, de 26 de junio de 1942, en que se trataba de la anulación de un contrato por vicio del consentimiento, alegándose también la falta de causa, declaró que no cabe "anular el contrato como otorgado por intimidación, lo que presupone que existió, si bien era invalidable, y declarar al propio tiempo que el mismo carecía de causa, lo que equivale a afirmar su inexistencia; esto aparte de que si en los contratos de préstamo la causa está para el prestatario en la estipulación relativa a la cantidad que el prestamista se obliga a entregarle en aquel concepto, no porque esta obligación se cumpla podrá entenderse que el contrato carece de causa y no produce, por consiguiente, efectos".

A vueltas de una gran insistencia en la teoría seudoclásica, hay un detalle interesante que merece destacarse: el acto jurídico sin causa civil no existe siquiera ante la ley, ya que a dicho requisito se condiciona precisamente la sanción del ordenamiento positivo.

Pero la sentencia más interesante a este respecto, que es sin duda una de las más notables que el Supremo ha dado en su última época, es la de 2 de abril de 1941, modelo de "ius praetorium, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel suplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam".

Tratábase de un señor A, casado, que mantuvo relaciones amorosas ilegítimas durante su matrimonio, con una señorita B. Decidido a romperlas, para cumplir sus deberes jurídico-morales, la señorita en cuestión lo condicionó al pago de cierta pensión durante dos años, comprometiéndose por su parte a marchar a América. A cumple durante un año, pero luego deja de pagar la pensión; B entonces regresa y plantea acción ante los Tribunales.

Es notorio que si éstos se hubieran limitado (y así lo hizo la Audiencia, cuya sentencia fué casada óptimamente

APROBACION.

Señor.



OR mandado de vueſtra Alteza me dio el Rector de eſta vniuerſidad, vn libro del Doctor Luys de Molina de la Compañia de Ieſus, en que trata de los contratos, y me dixo que le vieſe, y deſpues le dieſe mi parecer ſobre el, en lo que tocaſe ami profeſsion, cerrado y ſellado para enuiarle a V. A. Yo le e viſto y paſado todo con el cuydado que he podido, y en lo que es de mi profeſsion no he hallado en el coſa en que ſe deua reparar, ſi no q̃ en todo tiene dotrina muy buena y ſegura, y que junta lo que en eſtas materias es de Teologos, con lo que ay de derechos: de manera que ſera de grande ayuda a entrambas facultades para la reſolució de las dificultades que cada dia ſe ofrecen en ellas, y los Teologos no ſe que tengan a eſte propoſito coſa de mayor importancia, y anſi entiendo que hara. V.A. muy grande ſeruicio a Dios y bien a la republica en mandar que ſe imprima, y con eſto e cumplido el mandado de .V.A. y lo firmo. En Salamanca a cinco de Março de mil y quinientos y nouenta y ſeys años.

Iuan Alonſo de Curiel.

APROBACION.

Señor.



O R mandado de .V.A. emos viſto tres cuerpos de vn libro que à com
pueſto el Doctor Luys de Molina de la Compañia de Ieſus, intitulado
de Iuſtitia tomus ſecundus de contractibus, y no auemos hallado en el
coſa, que ofenda, antes nos ha parecido que tiene buena y ſana dotrina,
y mucha reſolucion, y que ſe tratan en el los puntos de derecho con mu
cha erudicion y propriedad, y anſi no ſera menos prouechoſo para los Iuriſtas q̃
para los Teologos, y ſiendo .V.A. ſeruido podra hazer merced al Autor de darle licencia para que lo pueda imprimir.

Doctor Iuan de Leon.

Doctor Sahagun de Villaſancte.

¶ 2 EL

Aprobación del tomo segundo.

por el Supremo) a aplicar la doctrina legal del artículo 1.274. habría que declarar la validez del contrato. La prestación de A: pagar una pensión a B, es de suyo lícita; asimismo la de B: marcharse a América, lo es también. Más aún: el fin que ambos se proponen (romper unas relaciones ilícitas) es incluso laudable. La teoría seudoclásica demuestra su inanidad.

Pero el Supremo aborda la cuestión en toda su amplitud. Empieza por declarar "que el principio de autonomía de la voluntad, dominante, aunque no de un modo exclusivo, en materia de obligaciones, no puede menos de estar limitado por adecuadas normas de matiz imperativo, encargadas de recoger los imperativos éticos y evitar que el Derecho contractual sea puesto al servicio de fines inmorales y antisociales". Y se citan, en apoyo de este aserto, los artículos 1.255, 1.116, 1.271 y 1.275.

El principio es óptimo. La autonomía de la voluntad, que ha de admitirse dentro de ciertos límites, si no queremos salirnos del orden cristiano y occidental, no puede ser el principio exclusivo de la contratación. Por encima están los valores del Bien, la Justicia y, sobre todo, el *bien común*.

Aludiendo a los artículos citados, se añade: "preceptos todos ellos que representan aplicaciones diversas de una idea matriz y fundamentalísima: la de que ha de ser reputado ineficaz, por exigencias ineludibles del *carácter social y moral del Derecho, todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral,* sea cualquiera el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad, *no justificada por un interés digno de ser socialmente protegido*".

Aquí la precisión es magnífica: el individuo sólo ve sancionados sus actos cuando haya una *causa jurídica* para ello: cuando representen algo que a la comunidad interese sancionar y proteger. Al contrario, cuando no sólo no le interesa, sino que convenga anular todos sus efectos, diremos que hay una *causa inmoral o ilícita*.

Prosigue el Supremo diciendo "que el concepto de la causa ilícita, tal como lo desenvuelve y aplica con gran am-

plitud y flexibilidad la doctrina moderna, permite cobijar no sólo las conveniencias ilícitas por razón de su objeto o de su motivo (cuando este último pueda y deba ser tomado en consideración por estar integrado en el contenido del contrato), sino también *múltiples convenciones que, no encerrando en sí ningún elemento de directa antijuricidad, son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto*, como sucede en aquellos casos en que se promete determinada retribución a una persona para que ésta cumpla aquello a que ya está tenida por una obligación anterior, jurídica o moral" (1).

Aquí el alto Tribunal se decide a prescindir —*optimo iure*— de la doctrina legal, por la razón potísima de que antes es el Derecho que la ley. Hay que investigar "*la operación en su conjunto*", esto es, la *causa*, ni más ni menos; y aquí es donde se podrá ver si, en definitiva, hay ilicitud e inmoralidad.

Finalmente, se hace la aplicación de los principios expuestos: "... resulta indudable que el condicionar la parte actora la ruptura de un estado, no sólo anormal, sino contrario a las leyes y a los dictados de la moral menos exigente, a la entrega de una cantidad, prevaliéndose de la sugestión e influencia que ejercía sobre la voluntad de la otra parte, equivale a contratar sobre un acto ilícito estipulando el pago de cantidad determinada a cambio de una obligación de hacer, consistente en dejar a aquella parte en libertad para el cumplimiento de sus deberes morales y legales, lo cual no puede menos de *viciar esencialmente el objeto y la causa del contrato*."

El camino emprendido es, por lo tanto, óptimo. Vemos que el Supremo no recela la investigación de la causa psicológica, del *matiz* incluso, para decidir si en definitiva ha-

(1) El Supremo cita en este considerando la interesantísima ley 47, título 14 de la Partida V, que trata de "cómo aquel que rescibe en paga cosa torpemente la deve tornar"; "ca mucho es cosa desaguisada, de recibir ome ningund precio, por non facer aquello que él por sí mismo es tenudo naturalmente de guardarse de lo facer".

brá o no *causa civil* de la obligación o de la atribución patrimonial.

De este modo, las posibilidades son ilimitadas. Piénsese en el desarrollo que podría tomar la doctrina del enriquecimiento *sin causa* o torticero; la anulabilidad de los contratos, en general; la admisión de nuevos casos de responsabilidad, en particular *sin culpa*; pero con verdadera *causa civil* para su exigencia, etc.

Pero aquí nuestra labor de expositores de *ideas clásicas* ha de detenerse necesariamente, para empezar la del juez y la del magistrado.

V.—EL ACTO ABSTRACTO

No podemos cerrar esta parte de nuestro trabajo sin una alusión, siquiera leve, al problema del *acto abstracto* (1).

Como dice IHERING, "la obligación abstracta se reproduce en todas las épocas y en todas las fases del desenvolvimiento del Derecho, en la Roma más antigua como en la Edad Media y en nuestros días, y esto a pesar de la resistencia que la legislación y la teoría le han opuesto con frecuencia" (2).

En efecto, el acto abstracto no sólo no es incompatible con el causalismo bien entendido, sino que es uno de sus complementos necesarios; y así vemos que Roma, con su Derecho basado en el principio de la *causa civilis*, dió gran desarrollo al acto abstracto principalmente por medio de la *stipulatio* clásica.

¿Qué es, en efecto, el *acto abstracto*? No es en manera alguna un acto *sin causa*. Como dice perfectamente NÚÑEZ

(1) Véase DUEZ, "La renaissance de l'acte abstrait", Lille, 1914; OSIAS, "L'acte abstrait en Droit comparé", 1924; DIKOFF "Les actes juridiques abstraits et le Code Civil français", en "Rev. Trim. de Droit Civil", 1932, pág. 327 y sig.; NÚÑEZ LAGOS, "El enriquecimiento sin causa", pág. 37 y sig. Véase bibliografía en NÚÑEZ LAGOS, op. cit., página 38, y CASTÁN, op. cit., vol. III, pág. 395.

(2) IHERING, op. cit., vol. IV, pág. 209.

LAGOS, "no es nada más que una forma aparente y legítima de un negocio jurídico, que no revela *prima facie* todas sus relaciones; apariencia externa y perceptible que omite un elemento esencial—la causa—; pero que la ley, por presumir su existencia, ampara como válida y legítima" (1).

Veamos su fundamento. Decíamos que el fin del Derecho civil exige que toda declaración de voluntad (unilateral o colectiva) que aspire a convertirse en acto jurídico (esto es, en productor de relaciones civiles), deba basarse en una suficiente *causa civil*. El juez no dará curso a la acción si no se convence de la existencia de esta causa. Ahora bien: la seguridad del tráfico jurídico, principalmente por lo que se refiere al comercio propiamente dicho, puede exigir—y de hecho exige en la actual situación económicosocial—que, en virtud del uso de determinadas formas establecidas por la ley, el juez deba presumir de momento la existencia de dicha causa civil.

Así, por ejemplo, en la letra de cambio, "el tipo más marcado de crédito abstracto en los Derechos modernos". Así, en la vieja estipulación romana. De momento, la *solemnidad* equivale a la *causa*.

Decimos *de momento*, porque es de sobra sabido que el fin primordial del acto abstracto es la facilidad y, sobre todo, la rapidez en la tramitación del proceso, normalmente ejecutivo, por exigirlo así el ritmo de las operaciones comerciales. Pero siempre queda a la parte lesionada el recurso de alegar en otro pleito la ausencia de causa en la atribución patrimonial producida; en una palabra, el plantear después la demanda por enriquecimiento injusto.

Creemos que basta con lo expuesto para centrar la cuestión dentro de nuestro punto de vista. Por lo demás, es nuestra opinión que éste es un instrumento que debe ser empleado con moderación por las legislaciones. Particularmente en nuestro país, donde nunca ha llegado a tener un gran arraigo.

(1) Loc. cit., pág. 40.



CUESTIONES TECNICAS

Bajo este epígrafe general vamos a exponer algunos problemas relativos a la teoría general de las obligaciones y contratos, entre los que plantea nuestro MOLINA, procurando recoger su pensamiento clásico sobre ellos, y reducirlos a unidad, en cuanto sea posible, mediante los principios ya establecidos.

I. — OBLIGACIONES NATURALES Y CIVILES

Uno de los problemas más discutidos de la teoría general de las obligaciones es éste de la *obligación natural* (1). Como cree acertadamente CARNELUTTI, podríamos generalizarlo, hablando del problema de la *relación jurídica natural* (2).

La evolución en este punto es muy curiosa e interesante. El Derecho romano clásico no admitió más obligaciones naturales que las que contraían los esclavos y los hijos de familia con su *pater* o con otros hijos sometidos igualmente a la potestad de éste. Es decir: en la Roma clásica no había más obligación que la civil, en los casos en que la ley la establecía por hallar *causa civilis* suficiente; pero cuando la persona no era capaz de obligarse, por carecer de

(1) Véase VAZNY, "Naturalis obligatio", en "Studi BONFANTE", IV, página 129; SIBER, "Naturalis obligatio", Leipzig, 1925; NOGUERA, "Contribución al estudio de las obligaciones naturales", Santa Marta, 1922; MARÍN MONTOY, "Obligaciones naturales", en "Rev. Crít. de Derecho Inmobiliario", 1931, pág. 721 y sig.

(2) CARNELUTTI, "Rapporto giuridico naturale", en "Riv. di Diritto Commerciale", 1936, XXXIV, pág. 164-172.

personalidad civil, surgía a veces una relación obligatoria de efectos atenuados (principalmente la *soluti retentio*, la compensación, etc.).

Había otros casos en que el jurista clásico no hablaba de obligación natural; pero reconocía a la relación existente casi los mismos efectos. Eran relaciones donde lo que fallaba no era la personalidad, sino la *causa civil*. No había *causa* bastante para la acción; pero sí para la *exceptio* (al menos, para la *soluti retentio*). Así, probablemente, en el caso del pacto nudo, etc. (1).

JUSTINIANO llega ya a una especie de teoría general. Extendió por medio de interpolaciones (como demostraron GRADENWITZ y PEROZZI) el término de *naturalis obligatio* a todos los casos anteriores; además añadieron las que algunos autores denominan obligaciones naturales *impropias*, basadas casi todas en deberes de conciencia que el Cristianismo puso de relieve.

El espíritu de Derecho justinianeo nos lo revela el siguiente pasaje de SALVIO JULIANO (interpolado): "Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. *Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores*, per abusionem intelligi possunt debitores: et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recipisse" (2). Es decir: de suyo no hay más obligación natural que la reconocida por la ley civil con plenos efectos; como dice SAVIGNY, "la obligación provista de acción (protegida por ella) es por excelencia la obligación propiamente dicha, la verdadera obligación" (3). Lo cual, naturalmente, no tiene nada que ver con el deber moral que pueda existir sin obli-

(1) No hay nada que justifique la tesis de SAVIGNY, de que la clasificación de las obligaciones en civiles y naturales derive de la oposición entre *ius civile* y *ius gentium* ("Obligations", vol. I, pág. 35-36). El texto romano que cita (D., I, 1, 5), si algo probase, sería lo contrario: "Ex hoc iure gentium... obligationes institutae: exceptis quibusdam, quae iure civili introductae sunt".

(2) D., XXVI, 1, 16, 4.

(3) "Obligations", vol. I, pág. 37.

gación. No obstante, hay ciertos casos en que el Derecho civil, por encontrar cierta causa para ello, da ciertos efectos al deber moral, admite un deber que equivale a una obligación imperfecta: luego también en este caso (*verum etiam*) se puede hablar de obligación natural.

Por lo demás, JUSTINIANO, como legislador cristiano, amplía en cuanto le es posible el campo de la obligación natural, recogiendo dentro de ella todos los deberes morales que puede.

Cuando los postglosadores aplican el método escolástico a la resurrección del Derecho romano, elaboran una nueva teoría de la obligación natural, de contenido filosófico. Tal es la que magistralmente expone MOLINA. Obligación natural es, según nuestro autor, "la que surge por la misma naturaleza de las cosas, sin que el Derecho positivo la anule; pero sin que tampoco la favorezca, por cuanto no le concede acción".

Analicemos este concepto, porque encaja maravillosamente dentro del sistema que hemos expuesto. Decíamos que por Derecho natural estamos obligados en todo caso a dar a cada uno lo suyo (lo que en justicia le pertenece). El Derecho positivo da además una *acción* ante los Tribunales, un medio coactivo, pero sólo cuando haya además *causa civil*; es decir, cuando en el conjunto de los casos posibles sea más útil al bien común el dar acción que el negarla; y al contrario. Así, dice MOLINA que muchas obligaciones *se quedan* en naturales "para evitar la multiplicación de los pleitos".

Ahora bien: MOLINA atribuye a esta obligación natural todos los efectos que el Derecho romano daba solamente, como vimos, a ciertas y determinadas obligaciones naturales. Es posible que la tesis de MOLINA sea un poco exagerada: esta eficacia parcial exige también una cierta *causa civil* que todos los deberes morales no presentan, aunque debe extenderse lo más posible. Tal es, por lo demás, la tendencia de la jurisprudencia más moderna, e incluso de la

doctrina. Como dicen COLIN y CAPITANT, "esta tendencia lleva a romper completamente los estrechos moldes en que la noción de obligación natural había sido encerrada por los romanos... La obligación natural tiende en realidad a confundirse con el deber de conciencia".

MOLINA es, pues, perfectamente *clásico* en este punto. Para mayor precisión, no obstante, nos agrada la terminología de LOMONACO, que distingue:

1.° Obligación *civil*. "Es la reconocida por la ley civil" (1).

2.° Obligación *natural*: "Es la que... hubiera podido ser sancionada por la ley civil; pero que de hecho no ha sido reconocida. Pero si el deudor voluntariamente la cumple, la ley no le concede la *condictio indebiti* para repetir lo pagado" (2). Estaría mejor aún decir: es que aquella causa civil no es bastante para dotarla de acción, pero sí de *soluti retentio*, etc.

3.° Obligación *puramente moral*: "Es la que la ley civil no protege como una acción, ni podría hacerlo" (3). LOMONACO pone como ejemplos los deberes de caridad, de gratitud, etc. Nosotros diríamos que aquí falta en absoluto la causa civil. MOLINA diría tal vez que lo que no sea de justicia cae fuera del Derecho, incluso *natural*.

CARNELUTTI, según decíamos, generaliza el concepto. Parte del ejemplo siguiente: es evidente que el padre tiene deberes morales respecto del hijo natural; pero estos deberes carecen de sanción jurídica mientras no lo reconozca legalmente. Una vez reconocido, está obligado a prestar alimentos, etc., y no puede retirar su reconocimiento. Según el autor italiano, el *reconocimiento* equivale al *pago*: produce la *soluti retentio*.

Cree dicho autor que el fundamento de los efectos típicos de la relación jurídica natural es que el Derecho no

(1) LOMONACO, op. cit., I, pág. 32-33.
(2) Loc. cit.
(3) LOMONACO, loc. cit.

puede exigir a los hombres una perfección absoluta (tesis fundamental de SUÁREZ). El hombre de buena voluntad cumple sus deberes espontáneamente; pero los demás han de cumplir coactivamente un mínimo de ellos, imprescindible para la vida social. El Derecho no interviene en el resto de sus relaciones, a no ser que el individuo en cuestión vuelva a adherirse a su deber moral por un nuevo acto: una *nueva adhesión*. Tal es el sentido del pago, del reconocimiento, etcétera.

Lo cual nos parece muy bien. Pero probablemente sería más sencillo decir que en este caso el deber moral preexistente y un hecho posterior (pago, etc.) de reconocimiento del mismo son reputados por el Derecho civil como causa jurídica bastante para la atribución patrimonial producida.

II.—VOLUNTAD Y DECLARACION

Otra de las mayores disputas de la ciencia jurídica moderna, que habrá de ser decidida en la reforma del Derecho privado, es esta de las relaciones entre la voluntad interna y su declaración, en cuanto a los efectos que en definitiva haya de producir el acto jurídico (1). Y es notorio el enlace de este problema con la serie de los que venimos planteando, así como su trascendental importancia práctica.

El Derecho romano tampoco tuvo aquí una teoría general; pero el maravilloso sentido práctico de sus juristas hizo que, al menos en la época clásica, se llegara casi siempre a una solución *elegante*. Por eso se ha dicho que lo mismo la "teoría de la voluntad" (*Willenstheorie*) que la "teoría de la declaración" (*Erklärungstheorie*) son aplicables al Derecho romano: aquélla, *preferentemente* en los actos de pura adquisición, familiares y de última voluntad; ésta, *más*

(1) Véase una excelente sinopsis de la historia de las controversias, con abundante bibliografía, en Francisco FERRARA, "La simulación en los negocios jurídicos", Madrid, 1926. Cfr. E. DANZ, "La interpretación de los negocios jurídicos", Madrid, 1926.

bien en los actos onerosos, sobre todo los de comercio (1).

MOLINA, como no podía menos, cree que en principio la voluntad interna es la base del acto jurídico. Sin embargo, hay base para suponer que no rechazaría en algunos casos soluciones acordes con la teoría de la declaración. En efecto, MOLINA repite que el juez deberá juzgar, no con arreglo a las autointerpretaciones de las partes, sino por presunciones o indicios, deducidos de sus declaraciones externas: palabras, gestos, etc. Y dice expresamente que nadie será creído aunque afirme haber puesto condiciones internas en sus declaraciones de voluntad. Por otra parte, consagra asimismo el principio de que nadie podrá alegar su propia torpedad o fraude, perfectamente aplicable a este supuesto.

Sea ello lo que quiera, es notorio que desde nuestro punto de vista, si bien es indudable que filosóficamente la declaración de voluntad no tiene sentido sino en cuanto sea un reflejo de la voluntad interna, como quiera que hemos demostrado que los efectos de Derecho no son producidos por la voluntad, sino por el mismo Derecho objetivo, solicitado por una *causa civil* (de la cual forma parte la declaración de voluntad), se deduce lógicamente que la seguridad jurídica y la equidad exigirán a veces que haya un *negotium contractum* sin verdadero consentimiento de una de las partes. Sobre todo, si ésta da lugar a ello con su negligencia, falta de seriedad e incluso mala fe.

Ello tiene especial importancia en los actos comerciales y en algunos civiles. Y puede servir de severo correctivo al abuso que supone la simulación de actos jurídicos diversos para evitar los efectos de alguna ley.

Pero hay que evitar que este principio, arma de dos filos, sirva para herir a su vez la buena fe que se trata de defender. Por donde siempre volvemos al mismo punto: a la necesidad de una magistratura digna, capaz y bien for-

(1) Cfr. ARIAS RAMOS, I, pág. 136.

mada, a la que no haga falta atar con triquiñuelas formalistas, dejándole el más amplio arbitrio para la investigación y reconocimiento de la causa. "*Si qua iusta causa nihi videbitur...*"

III.—DE LA CULPA JURIDICA

Ofrece interés, dentro del orden de ideas expuesto, el problema de la *culpa jurídica*, en relación con sus consecuencias de derecho, principalmente la *responsabilidad civil* (1).

La Roma clásica admitió que en las relaciones jurídicas, cualquiera de los interesados podía comportarse antijurídicamente, ya de un modo decidido y consciente (dolo), ya por incuria y negligencia (culpa). Admitió también casos de responsabilidad sin culpa, cuando hubiera causa civil suficiente, en virtud de alguna relación económica o jurídica entre la causa del daño civil y la persona responsable; así en las acciones noxal, *de pauperie, de pastu*, etc.

JUSTINIANO y sus colaboradores flexibilizaron la doctrina para adaptarla a la equidad de las relaciones jurídicas concretas. No se puede exigir la misma negligencia al depositario y al comodatario, por ejemplo. De aquí que por medio de interpolaciones se introduzcan los conceptos de *culpa levis* y *culpa lata*; lo que después se llamó *culpa in concreto*, etc. Pero, como siempre, la reforma se hizo de un modo causídico, sin llegar a una doctrina general.

Los glosadores, y en particular ACURSIO, elaboraron ya una teoría que desfiguraba un poco la concepción romana; pero que, en realidad, no era más que un desarrollo de sus principios. Se distinguía una *culpa lata, culpa levis* y *culpa levissima*, aparte del *dolo*.

Sobre esta base operan los bartolistas y también nuestro

(1) DE MEDIO, "Valore e portata della regola *magna culpa dolus est*", en "Studi Fadda"; PARIS, "La responsabilité de la *custodia* en Droit romain", París, 1926; TRAVIESAS, "La culpa", en "Rev. de Derecho Privado", 1926; DE MIGUEL, "La responsabilidad sin culpa", 1931.

MOLINA. Parten de un concepto unitario de la culpa, equivalente a todo acto antijurídico. El dolo es "el empleo perverso de la astucia diciendo, haciendo u omitiendo algo para engañar a otra persona". Por tanto, se incluye dentro de la culpa en sentido lato, que es "la desviación de lo que es de suyo bueno (jurídico), y que hubiera podido observarse según la humana diligencia".

MOLINA cree que para apreciar la existencia de dolo no basta la conciencia en la persona que lo comete; "hace falta el ánimo de perjudicar", nos dice. En otro caso existirá lo que hoy denominamos culpa con representación.

Por lo que toca a la culpa propiamente dicha, MOLINA expone el sistema quizá demasiado sutil, por subdividido, de BARTOLO. Por su parte, propone la siguiente definición de culpa lata: "desviación, por comisión u omisión, de aquello a que en algún modo nos hallamos obligados, y que hubiera podido ser observado aun por los más diligentes". Insiste especialmente en que si no hay deber jurídico de poner una diligencia determinada, no puede hablarse en modo alguno de culpa.

Observa MOLINA que la *culpa civil* no tiene nada que ver con la *culpa teológica*, es decir, con la *imputabilidad*. La razón es la seguridad, o, como dice nuestro autor: "para que los hombres se decidan con mayor confianza a la celebración de contratos". No es, por tanto, la responsabilidad culposa un concepto penal: se rige por los principios generales de la *causa civil*.

De aquí a admitir la *responsabilidad* sin culpa no hay más que un paso. MOLINA, como es natural, trata de la acción noxal y de sus análogas, caso típico de ello en el Derecho común.

En nuestro sistema la cosa se cae por su propio peso. El Derecho civil no es un derecho represivo, que imponga la responsabilidad como castigo al dolo o a la negligencia. En principio, desde luego, cuando haya un perjuicio económico, deberá ser soportado por el patrimonio de la persona que de un modo u otro lo haya ocasionado.

Pero hay casos frecuentes en que el perjuicio económico no es directamente imputable a nadie; por ejemplo, el caso típico de los accidentes de trabajo. En este caso, el bien común exige que el legislador examine si hay *causa civil* bastante para atribuir ese perjuicio a un patrimonio determinado, por su especial relación con el hecho originario del perjuicio. Tal era el caso de las acciones noxales; y lo mismo ocurre en la moderna legislación del trabajo.

No hace falta, por tanto, recurrir a teorías más o menos ingeniosas, como la del riesgo profesional, etc. Lo que ocurre es esto, ni más ni menos: que constituye *causa civil* sobrada para que intervenga el legislador, la posibilidad de que, si no lo hace, será sistemáticamente lesionada la parte más débil económicamente (como en el caso de los accidentes industriales); o de que un patrimonio se enriquezca, aunque sea involuntariamente, con perjuicio de otro (supuesto posible en los daños causados por un animal, etc.).

En este sentido, la noción de *cuasi delito*, equívoca histórica y dogmáticamente, está llamada a desaparecer.

LA PROMESA

Aunque en MOLINA no faltarían elementos para esbozar la cuestión del *precontrato* (1), aquí nos vamos a limitar al estudio del problema trascendental que plantea en las disputaciones contenidas en este tomo (núm. 262 a 272): *el poder jurídico de la voluntad para vincularse por acto unilateral* (2).

(1) Véase MORO LEDESMA, "El precontrato", en "Rev. Crít. de Derecho Inmobiliario", 1934, 1934 (2.° vol.), pgs 1-81-161-245-311-40-481-561-650. ALGUER, "Para la crítica del concepto de precontrato", en "Revista de Derecho Privado", 1935 (XXII), págs. 321-369-417.

(2) Véase ALBERTARIO, "La *pollicitatio* romana et il così detto *obligari e pollicitatione*", Milán, 1927; "La *pollicitatio* romana", Milán, 1929; ASCOLI, en "Studi Salandra", Milán, 1928; SALEILLES, "De la declaration de volonté", París, 1929; DEMOGUE, op. cit., vol I, pág. 51 y sig.; Giuseppe MESSINA, "La promessa al pubblico nel Diritto privato", Girgenti, 1899; BARASI, "La promessa di ricompensa al pubblico nel Diritto privato", en "Archivio Giuridico", 1901 (I), pág. 543; SIEGEL, "Das Verprechen als Versplictungsgrund", 1874; JACOBI, "Versprechen und

El Derecho clásico romano, poco propenso a admitir restricciones a la libertad, admitía que en principio la *pollicitatio* (*offerentis solius promissum*) no obligaba civilmente. Establecía dos excepciones: la promesa hecha a una ciudad, habiendo *iusta causa*, o que se hubiera empezado ya a cumplir; y el *votum* o promesa hecha en favor de una divinidad. Pero en todo caso, si el cumplimiento total resultaba ruinoso, los herederos del promitente podían liberarse de él cediendo una parte de su patrimonio.

Los Emperadores cristianos incluyeron dentro del *votum* una serie de promesas religiosas: para reedificación de iglesias, para redención de cautivos, etc.

Como dice ENNECCERUS, "al parecer, el antiguo Derecho alemán conocía las obligaciones procedentes de promesa unilateral" (1). Pero se exigían ciertas formalidades que prácticamente equivalían a la aceptación.

El espíritu cristiano, al establecer en principio la obligatoriedad moral de la promesa, tenía que producir cierta tendencia a admitir su obligatoriedad jurídica. Sin embargo, ni aun el Derecho canónico llegó a establecer el principio general de su exigibilidad en el fuero externo. Antonio GÓMEZ nos testimonia la opinión común en su tiempo, de civilistas y canonistas: promesa es "quae fit absenti et etiam praesenti tacenti et expresse non consentienti", a diferencia del pacto "quando fit inter praesentes et expresse consentientes per verba formalia, vel aequipollentia" (2). Pues bien: la simple promesa no obliga en el fuero civil ni en el

Vertrag", en "Iherings Jahrbücher", 1896; MANNESMAMM, "Die einseitige Versprechen", Erlangen, 1898; ELIAS, "Theorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale", París, 1900; GOLDBERG, "Theorie générale de l'engagement juridique por volonté unilatérale", Nancy, 1903; GUIHAIRE, "De la force obligatoire de la declaration unilatérale", Rennes, 1901; TALANDIER, "De l'engagement par volonté unilatérale", Toulouse, 1912; WORMS, "De la volonté unilatérale considerée comme source diobligations", París, 1891; SCIALOJA, "Dichiarazione uniliaterale di volontá", en "Riv. di Diritto Commerciale", 1904 (II), pág. 370 y siguientes (con abundante bibliografía).

(1) "Obligaciones", I, pág. 139.

(2) "Variae Resolutiones", Madrid, 1780, Tomo II, pág. 628.

canónico, "imo etiam solvisset posset repetere per condictionem indebiti, *tanquam omni iure indebitum*" (loc. cit.). Es más, según este civilista puro, en Derecho común *no produce ni aun obligación natural*.

Pero en España regía el Ordenamiento de Alcalá, que disponía expresamente lo contrario: "Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión, o por algún contrato en otra manera, sea tenido de cumplir aquello a que se obligó, y no pueda poner excepción que no fué hecha estipulación, que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, o que fué hecho el contrato o obligación entre ausentes, o que no fué hecho ante escribano público, o que fué hecho a otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, o que se obligó alguno que daría otro, o haría alguna cosa: mandamos que todavía vala la dicha obligación y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro".

En virtud de esta *exagerada disposición*, Antonio GÓMEZ se ve obligado a reconocer que por Derecho real de Castilla, "sufficit sola voluntas et intentio partis volentis se obligare"; "non requiritur expressa et formalis promissio". La promesa, por tanto, produce obligación natural y civil.

Esta es la situación legal en que escribe MOLINA. Como de costumbre, plantea el problema en toda la amplitud de su raigambre filosófica, teológica, moral y jurídica.

Comienza por establecer (disp. 262) que hay gran diferencia entre la *promesa* propiamente dicha y el simple *propósito*. No es lo mismo decir: *te prometo que haré* (es decir, me obligo a hacer), y: *te daré* (tengo la intención de dar). Lo segundo no produce obligación moral alguna; en la duda sobre los términos empleados, deberá estarse a la verdadera intención del promitente.

A continuación analiza la razón moral de que la promesa verdadera obligue en conciencia. Se funda en las virtudes de la *veracidad* y *fidelidad*. Por la primera el hombre se manifiesta oralmente de acuerdo con su verdadera inten-

ción; por la segunda hace verdaderas sus palabras, cumpliendo lo prometido.

Ahora bién: el que promete puede tener intención de obligarse por *simple honestidad* moral o social, o *en justicia*. Ocurre lo primero cuando su intención al prometer no es la de constituirse en simple deudor, sino simplemente cumplir para no ser infiel a su palabra, lo que es inmoral y de mal efecto. En este caso, el incumplimiento es de suyo culpa venial. Y MOLINA afirma que el poder público no puede obligar al cumplimiento de estas promesas.

Por el contrario, el promitente se obliga en justicia cuando su intención es constituirse en verdadero deudor de la cosa prometida. Entonces la obligación moral será de suyo grave, si la materia es de importancia.

Hasta aquí MOLINA se refiere a la *promesa declarada*, que en el segundo caso obliga por Derecho natural. Más adelante plantea el problema (disp. 266) de si la simple promesa interior, hecha en el fuero interno y con voluntad de obligarse, pero no manifestada exteriormente, será o no obligatoria. MOLINA discute la cuestión en el terreno teórico; pero reconoce su escasa trascendencia práctica, por cuanto el Derecho civil permite revocar todas las promesas no aceptadas, e incluso en Castilla se exige la manifestación externa. (*"Pareciendo..."*, etc.). Sin embargo, la cuestión tiene algún interés, porque nos puede servir para ver la concepción teórica que tiene MOLINA del poder vinculatorio de la voluntad. Nuestro autor le da una amplitud a nuestro parecer exagerada, contra la opinión del mismo Santo Tomás; recomendamos la lectura de dicha disputación.

Veamos ahora cómo se enfrenta MOLINA con el Derecho positivo. Empieza por reconocer (disp. 263) que en Derecho común la promesa es revocable mientras no sea aceptada, convirtiéndose en contrato. A continuación se ocupa de la disputa que dividía a los autores castellanos, relativa a la interpretación del Ordenamiento de Alcalá. Algunos (como Antonio GÓMEZ, Rodrigo SUÁREZ, Diego PÉ-

ILLVSTRISSIMO AC RE
uerendissimo Domino Domino Roderico à Castro sanctæ Romanę Ecclesię Cardinali Hispalēsiq; Archiepiscopo. Doctor Ludouicus Molina è Societate I E S V.



S est rerum tuarum status, amplissime Cardinalis, vtquàm plurimos beneficijs ornare, à nullo tamen parem gratiam accipere possis. Cùm enim, siue prudentiæ lumen & generis splendorem, siue dignitatis & fortunæ ornamenta, quis requirat, in te vno summa sint omnia, vt, quod alijs impertiaris, tibi nullo modo deesse, sic, quo ab alijs honesteris, vix cuiquam suppetere possit. Ex quo fit, vt quos semel tibi beneficiorum magnitudine obstrinxeris, eosdem, quando nullus gratificandi pro dignitate locus relinquitur, sempiterna beneficiorum memoria & prędicatione tibi deuincias. Hoc onus certè gratissimum nobis omnibus, qui Deo optimo sub societatis Iesu vexillo militamus, multis nominibus impositum ingenuè ꝓfitemur. Agnoscimus tuā in societatem nostrā munificentiā & propēsā ad omne officium eius alumnis tribuendum voluntatem, cuius gloria collegium, q Montforti nuper magno, vt speramus, commitatus Lemensis bono nobis excitasti. & annuis censibus solita benignitate locupletasti, nunquam intermori patietur. Agnoscimus tantis meritis nulla à nobis parem gratiam referri posse: cuius tamen ne omnino immemores videamur, committere non potui, quin totius societatis nostræ nomine, cui aglaiam tam liberali manu praestas, tibi thaliam pro meis viribus exhibeam. Sunt quidem in te quam plurima, eademque præstantissima, & animi, & corporis, ornamenta, quibus nomen tuum longe melius immortalitati consecratur, quam his literis, quæ vt breues sunt & exiguę, ita minime possunt audum tuarum amplitudinem, pondusque sustinere. Vt interim taceam splendorem generis tui, familiæ nobilissimæ decus, maiorum tuorum res præclare gestas, quibus non solùm animum minimè degenerem præstitisti, sed etiā, quæ tua fuit gloria, longo interuallo superasti. Illa verò multò maiora, & illustriora, quis possit, aut pro sui multitudine numerāre dicendo, aut pro magnitudine non iam literis, sed ne ipsa quidem cogitatione complecti? Virtutum, inquam, egregium chorum, quarum comitatu perpetuò cingeris, sicuti bonus imperator firmissimo atque clarissimo militum veterum exercitu: in quo signiferi partes agit illa excellentissima ante alias virtutes caritas, cum insigni liberalitate coniuncta: cui te ita totum, atque integrum tradidisti, vt non tam tibi, quam aliorum bono, natus esse videaris. Vt verò hæc virtutum corona suo apice clauderetur, & qui plurimum Christianæ Reipublicæ prodesse volebas, is quoque, tum autoritate, tum facultate plurimum posses, accessit ad Archiepiscopatum Hispalēsem ille etiā dignitatis Cardinalitiæ titulus, quæ secundùm Romanum Pōtificem in Ecclesia primas obtinet. Atque ita virtus honoribus ornata, autoritate prædita, facultatibus aucta, cum clarissimo generis splē dore

¶ 5

Dedicatoria del tomo segundo, al Cardenal Arzobispo de Sevilla.

REZ y el mismo MOLINA) lo entendían literalmente, admitiendo la obligatoriedad civil de todas las promesas unilaterales.

Pero había otros eximios jurisconsultos, como COVARRUBIAS, Gregorio LÓPEZ y aquel otro Luis de MOLINA a que aludíamos en el tomo I, que veían los excesos a que podría llevar el precepto en cuestión, típicamente anticausalista, por lo que trataban de ponerle trabas y reservas. En general, coincidían en decir que esta ley no había derogado expresamente el Derecho común, siendo, por tanto, revocables las promesas hechas a ausentes mientras no fueran aceptadas por la persona favorecida o por cualquiera de las que podían aceptar en su nombre. COVARRUBIAS afirma que ésta era la práctica común en los Tribunales de Castilla Y es curioso que el mismo MOLINA se inclinó primero a esta opinión, por juzgarla más razonable; pero al final abrazó la opuesta, movido—según dice—por lo claro y terminante de los términos legales.

Por lo demás—y esto tiene importancia—, MOLINA cree que en los lugares en que rija el Derecho común, la promesa no obligará ni siquiera en conciencia, ya que el legislador civil tiene potestad para anularla, como de hecho lo hace "in Reipublicae commodum, atque ad tollendos scrupulos et *minuendas lites*". Por tanto, no producirá ni siquiera obligación natural.

En conclusión, la tesis fundamental de MOLINA es que, según la naturaleza de las cosas (por Derecho natural, prescindiendo de toda ordenación positiva) la voluntad humana puede obligarse por acto unilateral; pero en Derecho civil desaparece este poder, por prohibición positiva (para el bien común), salvo los casos expresamente exceptuados en la ley.

Ya en su tiempo había autores que defendían la supremacía del contrato, afirmando que las raras veces que la promesa unilateral producía efectos civiles era en virtud de la aceptación que a nombre de la persona favorecida hacía

el propio legislador. MOLINA lo niega abiertamente: no es que la promesa carezca naturalmente de efectos vinculatorios, y que el legislador se los dé en algún caso, sino al contrario.

No obstante, la tesis contractualista acabó por imponerse. GROCIO, POTHIER, KANT, SAVIGNY, etc., afirman de consuno que sin el acuerdo bilateral no pueden surgir obligaciones. Pero, como observa DEMOGUE, no se preocupan en lo más mínimo de razonar su posición.

A mediados del pasado siglo surge la reacción, principalmente en la doctrina alemana. SIEGEL (op. cit.) demostró que históricamente se podía afirmar la existencia de promesas unilaterales vinculatorias, particularmente en Derecho germánico. Incluso el Derecho común de su tiempo admitía estos tres casos: la pública promesa, las obligaciones al portador y la aceptación de una asignación o delegación (1).

Desde el punto de vista racional, SIEGEL empieza por distinguir dos fases en la promesa: la promesa de obligarse, y la promesa de cumplir o ejecutar. El primer efecto ha de admitirse en todo ordenamiento, aunque no se conceda acción para reclamar lo segundo. Como dice KOPPEN, "el que promete debe ser fiel a su promesa, y si no lo quiere ser así, no promete nada". Pero DEMOGUE, que cita este texto, observa que "este razonamiento prueba que la promesa es *moralmente* obligatoria. Pero no dice por qué lo es *jurídicamente*" (2).

En esta dirección, se llegó a afirmar (JACOBI, WORMS, BONILLA, etc.) que, en realidad, la voluntad unilateral de obligarse es la única que ha de tomarse en consideración. El contrato es un mito: no es más que el conjunto de dos o más promesas. BONILLA niega que puedan ser simultáneas, no pudiendo, por tanto, integrarse en un acto unitario: "aun en los casos—dice—de donde con mayor evidencia se ofre-

(1) Cfr. ENNECCERUS, loc. cit.
(2) Op cit., I, pág. 54.

ce el aspecto bilateral, la conjunción de las voluntades no es nunca simultánea, sino sucesiva; la razón filosófica y esencial de quedar el sujeto obligado a una acción u omisión determinadas, no tanto es el consentimiento o la imposición de otra persona, como su propio convencimiento y su resolución firme, decidida y terminante de obligarse".

JACOBI va aún más allá. "El efecto obligatorio del contrato no es más que el efecto obligatorio de las dos promesas sobre que descansa. Ello resulta de la misma naturaleza de las cosas. Si el promitente no puede ligarse válidamente en el interior del círculo de su poder, tampoco podrá hacerlo en virtud de una declaración dirigida a la parte adversa, que, a su vez, no puede tomar una decisión en un círculo de poder ajeno. De este modo el carácter obligatorio del contrato tiene por antecedente necesario el de la promesa".

Los autores en cuestión desenvolvieron toda una teoría jurídica en armonía con esta posición inicial. De este modo, SIEGEL llegó a afirmar que si una persona emite un título al portador e inmediatamente se lo roban, quedará obligada en favor del primero que se le presente (*Kreationstheorie*) (1).

En consecuencia, se dedicaron a la búsqueda de textos romanos y, sobre todo, de casos clínicos en las legislaciones modernas, que vinieran en apoyo de su teoría. Así se alega, para probar lo innecesario de la aceptación, el texto siguiente de GAYO: "naturalis simul et civilis ratio suadet alienam conditionem meliorem quidem *etiam ignorantis et inviti nos facere posse*, deteriorem non posse" (2).

Se citaba asimismo el caso del *negotium claudicans*: el menor no está obligado, por el contrario, mientras que sí lo está la otra parte. No habiendo contrato, se decía que su obligación sólo podría proceder de la propia promesa.

Se alegaba también el contrato en favor de un tercero

(1) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, op. cit., pág. 207.
(2) D., III, 5, 37.

(caso estudiado ya por MOLINA a este respecto). Como decía SALEILLES, "c'est un engagement pris envers quelqu'un, mais non avec quelqu'un". Y, análogamente, muchos otros casos, que pueden verse minuciosamente estudiados en el citado artículo de SCIALOJA.

Pero no tardó en empezar la formidable reacción de la crítica. DERNBURG, UNGER, GAREIS, etc., negaron las tesis de SIEGEL. Pero probablemente la crítica más fina fué la citada de SCIALOJA.

El mismo TARDE, que reconocía la necesidad de dar cierta protección a la promesa en la esfera de los negocios, porque si no "la mayoría de los asuntos y, desde luego, todos los grandes negocios, serían imposibles", afirmó la virtualidad del contrato (contra WORMS, principalmente), basándose en la subsistencia de la oferta al tener lugar la aceptación.

SCIALOJA rebatió uno por uno los supuestos positivos de la teoría, partiendo de los artículos que en los Códigos del siglo pasado señalaban taxativamente las posibles fuentes de obligación. Así dice el artículo 1.089 del nuestro: "Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia".

Rechaza, por ejemplo, el caso del *acto claudicante*. Lo que ocurre, según él—y esto es exacto—, es que el contrato obliga a las dos partes, mientras *existe;* pero es anulable a petición de una de ellas.

Análogamente rechaza el caso de la estipulación en favor de un tercero. No se contrata con el tercero, pero en todo caso hay un contrato. Verdad es que WORMS y BAUDRY respondieron que una obligación sólo es bilateral cuando participan en su creación acreedor y deudor, etc.

Prácticamente, la teoría de la voluntad unilateral no alcanzó extraordinario éxito, por partir de una base falsa: la autonomía de la voluntad, desde cuyo punto de vista hizo escasa mella en el legislador. El B. G. B., surgido en plena discusión, estableció lo siguiente en el párrafo 305: "Para la constitución de una relación obligatoria, como para toda modificación de su contenido, es necesario un contrato otorgado por los interesados, mientras la ley no disponga otra cosa". El carácter general de esta disposición, en relación con los párrafos 657 y siguientes y 793 del mismo Código, hace que exista alguna discusión entre los civilistas alemanes. Desde luego, es obligatoria la pública promesa, pero se discutía si continuarían en vigor los otros dos casos que citábamos en el Derecho común. ENNECCERUS cita aún otros dos supuestos: la promesa de atribuir un patrimonio a una fundación, pendiente de la aprobación del Estado, y la oferta e invitación a entrar en un contrato (1).

Parecida es la situación legal en el Código suizo de obligaciones (arts. 8 y 846 y sig.); en el Código civil brasileño (art. 1.056), y en el fracasado Código franco-italiano de obligaciones.

Sin embargo, los civilistas contemporáneos han llegado a un planteo razonable de la cuestión. Para ello era menester partir del punto de vista social, del bien común o, lo que es lo mismo, de la causa civil.

DOMEGUE es también aquí uno de los que han planteado el problema con mayor corrección (2). Empieza por observar que la ley admite una serie de actos unilaterales capaces de producir efectos de Derecho. Así, se puede adquirir la propiedad (ocupación, art. 610; accesión artificial, artículo 375); se pueden romper relaciones jurídicas (revocación y renuncia al mandato, arts. 1.733 y 1.736; disolución voluntaria de la sociedad, art. 1.700, núm. 4.°); la pérdida voluntaria de derechos, por renuncia (a la sucesión, por ejemplo, art. 988).

Ahora bien: es notorio que las legislaciones restringen

(1) Loc. cit.

(2) "Uno de los puntos más delicados—dice—es el de saber en qué medida una voluntad única es suficiente para constituir un acto jurídico creador de obligaciones". Op. cit., I, pág. 51.

mucho la creación de obligaciones por acto unilateral. Pero el mismo autor cita varios casos frecuentísimos: el testamento, la aceptación de la herencia, la gestión de negocios ajenos, etc.

Lo cual supuesto, vamos a entrar ya en el problema de la promesa unilateral. No es sólo, como veremos, cuestión de rapidez—si habrá o no que esperar un nuevo consentimiento—, sino principalmente, de seguridad social: de *bien común*.

Desde luego, de acuerdo con los principios fundamentales que expusimos, podemos afirmar con DEMOGUE que "el mero hecho de que haya sido querida, no basta (*il n'y a pas de raison*), no hay causa para hacerla socialmente obligatoria" (1).

Pero la promesa "ha sido lanzada en el medio social". Si una persona hace una ventajosa oferta de venta, no faltará probablemente quien reserve su dinero, despreciando otras ocasiones. Si un filántropo ofrece constituir un capital en favor de un Hospicio, por ejemplo, otros se abstendrán de dejarle legados o de hacerle donaciones. Hay una *causa civil* para que sean obligatorias tales promesas, aunque no hayan sido aceptadas (v. gr., por falta de conocimiento, etc.).

Si la promesa se hace a persona determinada, como dice SIEGEL, no hace falta recurrir a ninguna teoría nueva. Basta distinguir la promesa de sostener la apuesta durante un período razonable de tiempo, y la promesa de contratar: pudiéndose presumir tácitamente aceptada la primera.

Pero aunque la oferta de contrato se haga a persona incierta (v. gr., mediante un anuncio en los diarios), cree DEMOGUE que "es útil admitir la promesa unilateral obligatoria donde la aceptación del precontrato que contiene en germen es probable, aunque no establecida. La seguridad lo exige" (2).

(1) Loc. cit. pág. 55.
(2) Loc cit., pág. 56.

Dentro de nuestro sistema, la cuestión de principio es sencilla. La promesa unilateral será obligatoria cuando haya *causa civil* para ello. Su determinación es obra del legislador en cada país, y de la jurisprudencia de un modo especial en cada caso.

Un criterio bastante acertado para precisar dicha causa civil es el del propio DEMOGUE: la promesa unilateral debe ser declarada obligatoria *solamente en la medida en que lo exija la psicología social o colectiva*. No creemos que convenga precisar más en el campo doctrinal.

Finalmente, es notorio que no se puede obligar a nadie a aceptar una promesa contra su voluntad. Por tanto los derechos que produzca la promesa antes de su aceptación serán con carácter eventual y dependiente de ésta. Cae, pues, por su base la objeción fundamental de BARASI, de que nadie adquiere derechos sin el concurso de su voluntad.

Por lo que toca al Derecho español, creemos que exagera CASTÁN al decir que "no hay base alguna en el Código para reconocer la fuerza obligatoria de la promesa unilateral no aceptada" (1). Desde luego, es equivocada la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1924, que niega su posibilidad en base al citado art. 1.089. Tal artículo no tiene carácter exhaustivo, limitándose a exponer la doctrina más o menos aceptada por los redactores del Cuerpo legal, con deseo de clasificar más que de otra cosa.

Está más en lo cierto y más dentro del espíritu del Código la sentencia de 17 de octubre de 1932, al relacionar la cuestión con los arts. 1.254, 1.255 y 1.258, si bien en definitiva no resuelve la cuestión.

Por lo que toca concretamente a la *promesa pública de recompensa*, a pesar de la sentencia ambigua de 6 de junio de 1916, hay que reconocer, con los comentadores de ENNECCERUS, que "la realidad nos demuestra que la costumbre sanciona la eficacia de la pública promesa... Creemos

(1) Op. cit., vol. II, pág. 456.

que a esta práctica acompaña un convencimiento de la colectividad sobre la eficacia jurídica de las promesas, y no sería muy aventurado sostener la existencia de un derecho consuetudinario". Trátase de un caso típico de costumbre supliendo la falta de ley exactamente aplicable, por lo que los Tribunales deberán darle fuerza con su jurisprudencia y estilo.

Asimismo es de todo punto necesario suplir la grave laguna legal y jurisprudencial que existe en materia de obligatoriedad de la *oferta de contrato*. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER reconocen que, de momento, lo único que se puede afirmar ciertamente es la posibilidad de que el oferente renuncie a su derecho a revocarlo. Pero CLEMENTE DE DIEGO afirma valientemente que, en virtud del silencio legal, cabe sostener dicho poder vinculante, en base a los principios generales del Derecho. Tal es también nuestra opinión para el actual *momento de transición*.

Ya expusimos nuestra tesis para una futura reforma del Derecho privado español. En particular, creemos que deben ser asegurados legalmente los efectos de la pública promesa, de la oferta de contrato, durante un plazo prudencial, sin precisar más; de los títulos al portador legalmente emitidos y lícitamente adquiridos por el primer tenedor; de las promesas de atribución de patrimonio a ciertos fines públicos o benéficos, si no hay justa causa de revocación; dentro de ciertos límites, y con las debidas formalidades, de la promesa abstracta de deuda (únicamente en la esfera mercantil), etc.

Y baste lo dicho en torno a las magistrales páginas que MOLINA dedica a esta cuestión.

LA DONACION

Cerramos este volumen con el estudio completo que realiza MOLINA de la donación en todas sus formas, a cuyo comentario dedicamos las breves líneas que siguen (1).

Es, sin duda alguna, la donación uno de los actos jurídicos más problemáticos e interesantes para un estudio doctrinal. Su especial fisonomía hace que sea objeto de grandes disparidades de criterio en la legislación y en la doctrina. Es uno de los barómetros más sensibles para investigar las ideas morales que inspiran a una legislación y a una época, y ofrece un particular interés desde la atalaya en que nos hemos situado para avizorar el campo jurídico: *la causa civil.*

Como dice SOHM, para los romanos, "la donación era un negocio jurídico antieconómico, por cuya causa no halla favor en el Derecho" (2). El romano miraba con prevención la pura liberalidad; hombre práctico y egoísta, dudaba que nadie en su cabal juicio y sin influjos sentimentales pudiera desprenderse por benevolencia de una parte de su patrimonio. Temía también que se pudieran de este modo encubrir fraudes. De todos modos, se reconocía su posibilidad; es más: era una verdadera *causa donandi,* en virtud de la cual el Derecho encontraba suficientemente causados multitud de casos jurídicos y atribuciones patrimoniales.

El criterio restrictivo empieza a manifestarse en la misteriosa *lex Cincia de donis et muneribus*, que en realidad

---

(1) PEROZZI, "In torno alla donazione", en "Archivio Giuridico",
1897, pág. 313 sig.; ASCOLI, "Tratatto delle donazioni", Firenze, 1898;
Carlo MANENTI, "Sul concetto di donazione" en "Riv. di Diritto Civi-
le", 1911, págs. 328-377; VITALI, "Delle donazioni", segunda ed., Tu-
rín, 1925; RADIM, "La disposition de la loi Cincia", en "Rev. Histo-
rique", 1928, pág. 249; CORVINELLI, "La rivocazione delle donazioni per
sopravenienza di figli legittimi", en "Riv. di Dir. Civile", 1914 (VI),
página 279; XIRAU, "Estudio sobre la formación del concepto de la
donación en el Derecho privado", en "Rev. de Legislación y Jurispru-
dencia", 1923 (143), pág. 297; ISABAL, "La insinuación de las donacio-
nes en Aragón", en "Rev. de Der. Priv.", 1923 (X), pág. 129.

(2) "Instituciones", pág. 210.

fué un plebiscito propuesto a fines del siglo III a. C. (probablemente el 204) por el tribuno M. CINCIUS ALIMENTUS, parcialmente conservado en los "*Fragmenta Vaticana*". Prohibía las donaciones excesivas, por encima de un límite que no conocemos con exactitud. Pero había "*personas exceptae*": el cónyuge, las personas sometidas a la potestad del donante, sus parientes, el pupilo, el patrono, etc.

Esta ley era *imperfecta*, por cuanto no establecía sanción alguna para los contraventores, ni anulaba los actos en contrario. El pretor aseguraba su cumplimiento por medios procesales: *denegatio actionis, exceptio legis Cinciae*, e incluso el *interdictum utrubi* para reclamar las cosas muebles. Pero si el donatario llegaba a consolidar su propiedad, ésta era intacable.

Este sistema fué decayendo. Los herederos no podían revocar la donación hecha por su causante (*morte Cincia removetur*). En cambio, surge la prohibición de las donaciones entre cónyuges, principio capital que perdura hasta nuestros días. Sin embargo, una *oratio* de CARACALLA ante el Senado sentó el principio general de que todas las donaciones, aun éstas, se convalidan por muerte del donante, a no ser que éste las revoque en vida (año 206 d. C.).

En el Derecho postclásico se introduce el sistema de la *insinuatio*. La donación queda sujeta a cierto régimen de publicidad, al menos en cuanto sobrepase cierto límite, que los Emperadores cristianos fueron elevando hasta 500 sueldos. En efecto, el Cristianismo destruyó la prevención de los romanos contra los actos de liberalidad; se hicieron excepciones en favor de las llamadas causas pías: iglesias, hospitales, etc.

En un lento proceso, la jurisprudencia romana fué matizando la donación, construyéndola con características que esencialmente ha conservado. Así, los motivos de revocación por ingratitud, por nacimiento subsiguiente de hijos, por incumplimiento del modo, etc., que esencialmente pasan a nuestros Códigos en la forma que los dejó el "*Corpus iuris*".

La donación remuneratoria no se equipara a la pura y simple; se estima que hay un deber jurídico, por lo que no es revocable, no está sujeta a insinuación, etc.

Finalmente, la donación *mortis causa* tiene grandes analogías con las disposiciones de última voluntad. En efecto, es revocable hasta la muerte, y en general, se regula por analogía a los legados (cfr. la magistral exposición de MOLINA).

En la Edad Media, la donación fué un acto jurídico sumamente frecuente, por el espíritu cristianamente desinteresado que animaba a aquella sociedad. Sin embargo, el Derecho germánico primitivo no la había conocido; por eso, generalmente, se revestía de una apariencia de acto oneroso, entregando a cambio un objeto de escaso valor (*launegild*; entre los visigodos, *vicissitudo*). SÁNCHEZ ALBORNOZ ha encontrado vestigios muy tardíos de ello: "es frecuente en donaciones de tierras, villas, herrenes o molinos la entrega al donante por el favorecido con la donación de caballos, sillas, alhajas u objetos diversos, cuyo valor no era equivalente al de la cosa recibida, puesto que no se pedía como precio de la misma, sino que su entrega era expresión formularia de una idea jurídica de abolengo germánico. Tales contradonaciones se hacían *ad confirmandam istam cartam, in honore, in offertione, in roboramento...*" (1). Por eso la *robra*, que era potestativa en la compraventa, se exige normalmente con carácter obligatorio en la donación.

El Fuero Juzgo era más bien restrictivo, con criterio romano; pero exceptuaba expresamente las *causas pías*, que en este período reciben donaciones inmensas. Normalmente se hacían en forma de donación simple, con reserva de usufructo vitalicio; pero también se otorgaban para la hora de la muerte (2).

La donación germánica fué, como dice BRUNNER, "una

(1) "Estampas de la vida de León hace mil años", pág. 135.
(2) RIAZA, op. cit., pág. 683.

donación de fin" (1). Por eso normalmente el donatario no puede enajenar lo donado; en muchos países existe un "*droit de retour*", y es significativo que en Castilla se haga constar casi siempre que la donación se hace con "juro de heredad".

Los glosadores y bartolistas restauraron el sistema justinianeo en toda su pureza; si bien los canonistas estimaron permitida la donación en favor de causas pías, sin límite alguno y sin necesidad de formalidades de ningún género.

En esta coyuntura escribe MOLINA, que expone brillantemente el Derecho común. Para él, la donación se caracteriza fundamentalmente por la liberalidad (disp. 273). De acuerdo con ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS, define la donación como dación liberal, esto es, que no suponga retribución alguna.

MOLINA (disp. 252) distingue dos momentos fundamentales en la donación: el pacto de donación, verdadero contrato que produce obligación en justicia, aunque su origen sea la mera liberalidad, y el mismo, acompañado de tradición, verdadero acto de disposición, que transfiere el dominio.

En las disp. 274 a 277 se ocupa de la capacidad para donar, con interesantísimas consideraciones sobre la amplitud del poder de administración de la mujer casada, sobre las donaciones entre concubinos, etc.

En las disp. 278 y 279 se ocupa del requisito de la insinuación. Con este motivo hace afirmaciones muy interesantes desde nuestro punto de vista de la *causa civil*, a las cuales, en parte, aludimos anteriormente.

A continuación se ocupa de las restricciones a la potestad de donar (por Derecho común, no se podían donar todos los bienes presentes y futuros; en Castilla, ni siquiera todos los presentes) y de las causas de revocación (disputaciones 280-283), igualmente interesantes dentro de nues-

(1) Op. cit., pág. 201.

tro sistema. A continuación plantea varias cuestiones técnicas (disp. 284-286).

Finalmente estudia las donaciones especiales: por causa de muerte (disp. 287-288); entre cónyuges y por razón del matrimonio (disp. 289-290), entre padres e hijos (disp. 291), causales (1) y remuneratorias (disp. 292).

En conjunto, el estudio que realiza nuestro autor es uno de los más completos y orgánicos de su tiempo en esta materia, y estas disputaciones son de las mejores de la obra. Realiza constantemente la aplicación del Derecho común a las circunstancias de la vida real de Portugal y Castilla. En las notas haremos resaltar los detalles más interesantes.

Y ahora prosigamos. Bastará decir que esta sistema de exposición prácticamente no varió en los dos siglos siguientes. DOMAT, POTHIER y los redactores del Código civil francés, prácticamente, no rebasaron el estadio doctrinal de MOLINA y de los demás clásicos.

SAVIGNY fué también aquí el llamado a dar un gran paso adelante en la ciencia jurídica. En su famoso "Sistema" construyó la donación, no como venía haciéndose, considerándola como un contrato más, sino como categoría general de los actos jurídicos. De aquí que el estudio del acto *donationis causa* pasara a la parte general, al lado del mismo concepto de contrato.

La donación, dice, "tiene un carácter general que pueden revestir los más diversos actos jurídicos. Y he aquí por qué coloco la donación en la parte general del Tratado al lado del contrato, con el cual tanta analogía tiene, por la generalidad de su naturaleza y la multiplicidad de sus aplicaciones" (2).

En efecto, "basta para que exista donación un acto ju-

(1) No es que MOLINA crea que la donación no tiene causa, o mejor aún, que niegue que ella misma es una *causa civil* suficiente para justificar una atribución patrimonial. *Causal* equivale aquí a donación con un motivo especial, además de la pura liberalidad. MOLINA presenta como donación causal característica la remuneración.

(2) "Sistema", vol. III, pág. 8.

rídico que reúna las condiciones siguientes: 1.ª Que se verifique entre vivos; 2.ª Que una de las partes se enriquezca con lo que la otra pierde, y 3.ª, Que ésta quiera enriquecer a la primera a sus expensas" (1).

Es erróneo considerar (como hacen la Instituta y muchos Códigos vigentes) la donación como un modo de adquirir la propiedad, ya que sólo constituye un título hábil para ello, que ha de ser completado por la tradición, y con el mismo motivo habría que considerar como especiales modos de adquirir a la compraventa o a la permuta.

Tampoco se puede decir que sea un contrato, dice SAVIGNY, porque hay otros muchos actos jurídicos que entran en el esquema trazado anteriormente: actos de renuncia, etcétera.

Ahora bien, ¿por qué es lícita esta clasificación de los actos jurídicos en actos liberales, por un lado, y no liberales, por otro? En efecto, a primera vista, con el mismo motivo se podría formar un grupo unitario con todos los actos onerosos, definiéndolos precisamente por este carácter como un único acto jurídico.

SAVIGNY responde a esto que en el Derecho romano, y por consecuencia en el Derecho común (hoy diríamos en nuestros Códigos), las liberalidades constituyen una institución unitaria por las peculiares reglas que se extienden a todas ellas. "La donación, los romanos la consideraban en relación estrecha con ciertas reglas positivas, que nos obligan a determinar sus límites con una rigurosa precisión" (2).

Estas reglas peculiares son:

1.ª Restricciones y formas solemnes impuestas al ejercicio de la facultad de donar, que en Roma fueron originariamente reguladas por la *lex Cincia* y más tarde por las que establecieron la insinuación.

2.ª Prohibición absoluta de donar entre cónyuges.

3.ª Posibilidad de revocación en ciertos casos (ingratitud, etc.) en que otros actos jurídicos serían totalmente irrevocables.

(1 y 2) Loc. cit., pág. 9.

Afirma SAVIGNY que "bajo el punto de vista de la práctica, puede decirse que donación es el acto jurídico que da lugar a las tres reglas precedentes, pues, en efecto, a causa de estas tres reglas, y únicamente a causa de éstas, debemos tratar la donación como una institución particular y establecer rigurosamente sus límites" (1).

No niega SAVIGNY que en la donación exista un aspecto positivo, que la constituye en una verdadera *causa donationis*; pero afirma que técnicamente es más interesante el lado negativo. En efecto, si nos interesa precisar con gran exactitud el concepto y los límites de la donación, es por las especialísimas restricciones a que las somete el Derecho, prescindiendo de ellas en otros actos parecidos, pero de naturaleza distinta.

La nueva construcción se completa con la observación que hace SAVIGNY, de que la jurisprudencia romana trabajó principalmente la donación desde el punto de vista de la segunda de las restricciones: la prohibición de donaciones entre los esposos. En efecto, la primera de ellas estaba minuciosamente regulada por la *lex Cincia*, completada por el Edicto; la tercera se forma en la época postclásica. Ahora bien; siendo la donación un concepto unitario, es menester extender dichos principios primero y tercero a toda la casuística elaborada respecto del segundo. Tal fué el pensamiento de los romanos, y en particular de JUSTINIANO y sus colaboradores.

Esta doctrina fué aceptada por la mayoría de los pandectistas (PUCHTA, ARNDTS, KELLER, BRINZ, UNGER, etcétera), que sobre dicha base continuaron la elaboración del concepto unitario de la donación.

Sin embargo, no faltaron algunos que criticaron en parte la teoría de SAVIGNY diciendo que, a pesar de todo, no

(1) Loc. cit., pág. 10.

se justifica el colocar la donación en la parte general, construyéndola como una categoría separada dentro de los actos jurídicos. WINDSCHEID comenta que con el mismo motivo se podría hablar de actos relativos a la dote o al crédito. Por eso, WINDSCHEID y DERNBURG vuelven a considerar la donación como contrato (lo mismo que MOLINA); si bien el primero reconoce que más bien debería estudiarse en una teoría general de los hechos que motivan el movimiento patrimonial, prescindiendo de que produzcan o no obligaciones.

De todos modos, estos autores respetan el concepto unitario de la donación. Para ello, a ejemplo de SAVIGNY, segregan la donación *mortis causa*, que pasa al tratado de últimas voluntades, estudiando también aparte las donaciones remuneratorias, etc. Así se llega a la definición del B. G. B., en su pár. 516: "Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderem bereichert, ist Schenkung, wenn beide Theile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt."

Por su parte, los Códigos latinos llegan también a un concepto unitario de la donación como *modo de adquirir* la propiedad, si bien prácticamente la regulación que establecen (relativa a la donación entre vivos exclusivamente) equivale a considerarla como un contrato.

Así, el "Code Napoleón" dice: "La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrevocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte" (art. 894).

El recién derogado Código italiano establecía que "la donazione é un atto di spontanea liberalitá col cuale il donante si spoglia attualmente irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta" (art. 1.050).

Nuestro vigente Código civil declara, en su artículo 618, que "la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta". Los artículos 621, 623, 629 y 630 recalcan el carácter contractual de la donación entre vivos.

Fol. 1. 2



DE IVSTITIA
Tomus ſecundus.
DE CONTRACTIBVS.

PACTVM, ET CONTRActus, *quid ſint, & de obligatione ciuili & naturali. Diſpu. 252.*



DISPVTAtione. 124. huius ſecũdi tractatus de iuſtitia, dicere cœpimus de tranſlatione dominij propria domini prioris voluntate, indeq; huc uſq; egimus de vltimis voluntatibus. Nunc verò de contractibus eſt diſſerendum, vt intelligatur quouſq; contrahentium voluntate transferatur, aut non transferatur, dominium, & quantum iuris ex vnoquoq; contractu, aut quaſi contractu, comparetur. Priùs autem dicemus de contractibus in genere, ſumpto latiſsimè vocabulo contractus: deinde verò ad ſingulos deſcendemus.

Pactũ vnde dictum. Quia verò pactum, ſi propriè vocabulum ſumatur, latiùs patet, quàm contractus, à pacto erit ordiendum. Vlpianus. l. 1. in prin. ff. de pactis, ait, à pactione dictum eſſe pactum, & à pacto nomen pacis fuiſſe deriuatum, quaſi effectus à cauſa traxerit nomen. Placet tamen, quod Iſidor. lib. 5. Ethym. ait, & refertur. c. pactum de verb. ſignifi. Nempe à pace dictum eſſe pactum. A pacto verò, ait gloſſ. l. 1. cit. deriuatam eſſe pactionem.

Pactum quid. Pactum, ſeu pactio, vt Vlpianus. l. 1. cit. ait, *Eſt duorum, aut plurium, in idem placitum & conſenſus.* Mutuò verò ſe ſe explicant hæc, & illa alia eiuſdem Vlpiani definitio. l. 3. ff. de pollicitationib. *Pactum eſt duo-* A *rum conſenſus atq; conuentio.* Hinc conſtat, pollicitationem, ſeu promiſsionem, interim dum acceptata non eſt, pactum non eſſe: eò quòd non ſit duorum in idem placitum & conuentio, ſed ſit ſolùm offerentis promiſſum, vt eadem. l. 3. Vlpianus ſubiungit. Quando autem acceptata iam eſt, tunc verè ſortitur rationẽ pacti, vt Panor. c. 1. de pactis. n. 4. rectè cum Bar. affirmat; eò quòd ſit iam duorum in idem placitum & conſenſus. Hac eadem ratione donatio, qua res gratis alicui traditur, eo ipſo, quòd acceptata eſt, rationẽ habet pacti: quia ſimiliter eſt duorum in idem placitum & conſenſus.

B Contractus propriè & preſſè ſumptus, vt Vlpianus. l. Labeo. 2. ff. de verb. ſignifi. ex eodem Labeone refert, *eſt vltro, citroq; obligatio.* Id eſt, eſt pactũ ex quo vltro, citroq; oritur obligatio. Quo fit, vt illa Labeonis enunciatio formalis non ſit, ſed effectiua ſit exponenda, ſub intellecta cauſa, vnde oritur ille effectus in abſtracto, per quem contractum definit. Emptio ergo & venditio contractus eſt propriè: quoniam eſt pactũ, non quodcunq;, ſed ex quo, tam ex parte ementis, quàm vendentis, oritur obligatio eo ipſo, quòd eſt celebratum. Emptor quippe C eo ipſo ex iuſtitia tenetur tradere pretiũ venditori, & venditor tenetur tradere emptori mercem, hoc eſt, rem illi venditam. Quin venditor, poſt traditam mercem, tenetur emptori de euictione, hoc eſt, ſoluere illi quantum ſua intererat, rem illam de ſua poteſtate non eſſe extractam, ſi ab alio tanquam ſua, aut tanquam ad ſe ſpectans, euincatur. Promiſsio verò acceptata nõ eſt propriè contractus: quoniam licèt ex parte promittentis oriatur iuſtitiæ obligatio ad tradendam rem promiſſam; ex parte tamen *Contractus quid.*

A eius,

Folio primero del tomo segundo.

Ya vimos que la primera crítica surgida contra la doctrina de Savigny fué la procedente de afirmar el carácter esencialmente contractual de la donación. Mas era lógico que la tendencia más fuerte en este sentido partiera de los países latinos, y fué un jurista italiano, Alfredo Ascoli, el que más lanzas rompió para pulverizar la doctrina de Savigny, suscitando una abundante literatura sobre la cuestión (1).

Por lo que toca al carácter contractual de la donación, ya Windscheid había citado el texto esgrimido ahora con más fuerza por Ascoli, tomado de Ulpiano: "Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuans accipias, Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutuus sit videndum. Et puto nec mutuum esse; magisque nunmos accipientis non fieri, *cum alia opinione acceperit*" (2). Deducen de aquí estos autores que el Derecho romano exigía el mutuo consenso, perfectamente adecuado y congruente, lo mismo que en los demás contratos.

Perozzi, sin embargo, ha contestado a esto que el principio general romano es que para enriquecerse no hace falta el concurso de la propia voluntad, al menos consciente; que tal principio de la aceptación obligatoria hubiera dejado más huella en las fuentes que un simple texto que sólo toca la cuestión indirectamente, etc. Cree que dicho pasaje puede explicarse como referente a los casos dudosos, v. gr., por ambigüedad en los términos, etc., etc. La cuestión planteada sería entonces ésta: ya que no debemos considerar válida la interpretación más onerosa, ¿aceptaremos al menos la más conmutativa, o declararemos nulo absolutamente el acto?

(1) El primer trabajo de Ascoli fué "Il concetto della donazione nell Diritto romano con richiami al Codice civile italiano", Roma, 1893. Fué severamente criticado por el agudísimo Perozzi, "Intorno alla donazione", en "Archivio Giuridico", 1897. Ascoli respondió en el mismo "Archivio": "Sul concetto di donazione" (tomo LIX, pág. 42-66), reuniendo después y ampliando todos sus trabajos en el clásico "Tratatto delle donazioni", Firenze, 1898. Entre los juristas que terciaron en la discusión merece mención especial Manenti (véase la bibliografía antes citada). Xirau hace un sugestivo estudio de la cuestión (ibid).

(2) D., XVIII, 12, 1.

PEROZZI cree que "en resumen, la donación es acto unilateral, tanto como la herencia". La aceptación no tiene más significado que una "expresión de gratitud del donatario", si bien es verdad que "non potest liberalitas nolenti acquiri". Las declaraciones de voluntad son totalmente independientes en la donación, al revés de lo que ocurre en los contratos. Nuestros Códigos exigen la aceptación, pero no pueden hacer de la donación un contrato, y de hecho no lo hacen.

Hasta aquí PEROZZI. Pero antes de llegar a nuestras conclusiones, prosigamos con la crítica de ASCOLI. En efecto, la parte más importante de ella es su famosa *teoría del desdoblamiento* (*sdoppiamiento*) de la donación. Frente al concepto unitario de SAVIGNY y los pandectistas, afirma que hay dos tipos esencialmente distintos de donación: la donación entre cónyuges, y la donación entre otras personas.

En esta última, el principio fundamental que rige las restricciones legales (ASCOLI reconoce con SAVIGNY la preponderancia del lado negativo en la donación) es el de que la liberalidad debe ser algo razonable, moderado, oportuno: *con causa*. De aquí que el Derecho, para evitar ligerezas y precipitaciones, exija una serie de requisitos de solemnidad que podemos denominar con el nombre general de *insinuación*.

En cambio, en la donación entre cónyuges se trata de evitar que, por el mutuo amor, un cónyuge se empobrezca en beneficio del otro. De modo que aquí la prohibición es absoluta: todo acto jurídico que suponga enriquecimiento de un cónyuge y empobrecimiento del otro, en cualquier forma que sea, deberá ser rigurosamente anulado.

El criterio, por tanto, en el primer caso será el carácter contractual, pues sólo en este caso será aplicable el principio de insinuación. Esta será, por tanto, la donación propiamente dicha.

En el segundo caso, el criterio será la existencia de un empobrecimiento correlativo a un enriquecimiento; donde pueden entrar una serie de actos que caen fuera del concepto técnico de la donación propiamente dicha.

ASCOLI define la donación propiamente tal entre vivos como "un contrato por el cual el donante, gratuitamente y movido por liberalidad (*animo donandi*) concede por modo no revocable y espontáneo al donatario un derecho patrimonial no accesorio, o lo libera de una obligación de la misma naturaleza, o renuncia en su favor de adquirir un derecho semejante" (1).

Por consiguiente, los elementos de la donación verdadera son:

1.º Carácter contractual.

2.º Gratuidad y "*animus donandi*".

3.º Objeto consistente en un derecho patrimonial no accesorio.

No habrá donación, por tanto, en la renuncia unilateral, en el pago de lo indebido con intención de donar, en el pago de deuda ajena con la misma intención, etc., etc.; siendo así que estos mismos actos serían nulos entre cónyuges.

SAVIGNY, en cambio, consideraría todos aquellos actos como donaciones, a no ser que fuesen realizados en fraude de la ley. Sólo hubiera exceptuado los casos en que faltara el enriquecimiento del donatario o el empobrecimiento del donante: v. gr., los actos de gestión, como el mandato gratuito, la manumisión, etc. XIRAU observa a este respecto que el juicio sobre la existencia de enriquecimiento y empobrecimiento "es económico, no jurídico. Lo hace el hombre de negocios, no el jurista. El juicio es siempre relativo" (2).

Finalmente, ASCOLI niega que el "*animus donandi*" sea, como quiere SAVIGNY, la intención de enriquecer. Entiende que es el "ánimo no dirigido a compensar un servicio compensable, ni al cumplimiento de una obligación jurídica existente, aunque sea sólo de hecho". De aquí que, según ASCOLI, la donación remuneratoria no es tal donación, sino com-

---

(1) "Tratatto", pág. 11.
(2) Loc. cit., pág. 327.

pensación. Sólo será donación cuando se trata de remunerar servicios inestimables.

Silvio PEROZZI, uno de los más sutiles críticos entre los juristas modernos, después de observar que el desdoblamiento de la donación no es algo absolutamente nuevo y original, pues ya se encuentra en las obras de HEIMBACH y PERNICE, funda su posición frente a la de ASCOLI en los puntos siguientes:

1.º Es falsa la doctrina del desdoblamiento de la donación. Esta no es un concepto técnico creado por el legislador o por el jurisconsulto, sino que el Derecho se la encuentra hecha, viva, en la realidad de los negocios. El legislador se encuentra con que los hombres a veces se desprenden de sus bienes por liberalidad, lo cual, por lo demás, es particularmente frecuente entre esposos, e interviene para regular este fenómeno. De un modo especial, es falso que el legislador romano tuviera en cuenta, al prohibir la donación entre cónyuges, únicamente el peligro de enriquecimiento de uno a costa del otro. Hay razones morales, v. gr., evitar que uno de ellos especule sobre la posibilidad del divorcio, etc. Así dice la famosa "*oratio Antonini*": "*ne* concordia pretio conciliari viderentur *neve* melior in paupetatem incideret, deterior ditior fierit".

2.º Como vimos, niega también el carácter contractual de la donación y la necesidad de su aceptación por el donatario.

3.º Sobre todo, insiste en que es falso el concepto de "*animus donandi*" dado por ASCOLI. Partiendo de la base de que no hay medio entre *causa* y *motivo*, afirma que es esencial en la donación la *total ausencia de causa*, consistiendo precisamente en esto la naturaleza especial del *animus donandi*.

En conclusión, establece el concepto siguiente: "La donación consiste en producir intencionalmente *sin causa*, por medio de un acto patrimonial entre vivos y con disminución del patrimonio del agente, un resultado para una persona que se traduce en aumento del patrimonio de ésta" (1). Prácticamente se conserva la definición de SAVIGNY, introduciendo la circunstancia de la total ausencia de causa.

Esta *innovación* de PEROZZI ha sido, a su vez, durísimamente criticada por Carlo MANENTI. El Derecho no prescinde de la causa en la donación, antes al contrario "se preocupa de ella mucho más que en los negocios onerosos, porque la gratuidad, si bien y precisamente porque dentro de ciertos límites puede estar conforme con los fines del Derecho y ser bien vista por éste, no corresponde a su función normal, como entre otros lo demostró brillantemente IHERING en su "Zweck im Recht" (2). "De otro modo, ¿para qué serviría todo el complicado sistema que disciplina parte de la materia de donaciones, bajo la forma de limitaciones a la facultad de donar, imposición de formas solemnes, formas de publicidad, etc." (3).

Afirma MANENTI que PEROZZI interpretó mal el pasaje de Sabio JULIANO: "...et propter *nullam aliam causam* facit quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat" (4). No es que no haya ninguna causa en la donación, sino que la única es la liberalidad; como dice el propio MANENTI, "el intento de ejercitar a favor de una persona determinada la liberalidad y la munificencia" (5).

MANENTI se adhiere fundamentalmente a la posición de ASCOLI, si bien no deja de hacerle algunos reparos, proponiendo las reformas de detalle que contienen en la siguiente definición: "El contrato de donación es un acto de espontánea liberalidad entre vivos, por el cual una persona (donante), con la intención (*scopo*) de hacer un beneficio a la otra parte (donatario)—que la acepta—, concede a ésta de forma no revocable por propia voluntad, un derecho patrimonial, o la libera de una obligación de la misma natura-

(1) Loc. cit., pág. 550-551.
(2 y 3) Loc. cit., pág. 355.
(4) D., XXXIX, 5, 1, pr.
(5) Loc. cit., pág. 356.

leza, o renuncia en su favor a adquirir un derecho semejante" (6).

La controversia ha hecho pocos avances posteriormente. Séanos permitido terminar este estudio con algunas consideraciones sobre el concepto y límites de la donación.

En primer lugar, creemos que la esencia de la donación estriba en la atribución patrimonial no conmutativa, causada voluntariamente por el donante en favor del donatario, únicamente por liberalidad. El contrato de donación será una de las formas más frecuentes (unido a las solemnidades requeridas) a dicho efecto.

La donación tiene, como es notorio, un fundamento muy humano y muy cristiano. Pero el Derecho debe regularla cuidadosamente, por el peligro de que el donante *no sepa donar*, perjudicándose a sí mismo, a su familia y, en definitiva, a la Sociedad. Es una cuestión de *bien común*. Por consiguiente, el Derecho debe admitir la donación como *causa jurídica*; es decir, en principio debe considerar que la liberalidad racional de una persona es causa bastante para que pueda obligarse y producir atribuciones patrimoniales válidas. Pero al mismo tiempo debe exigir esa *racionalidad* en el acto liberal, que de otro modo no constituirá verdadera *causa*. En una palabra, la ley debe imponer al donante, para la validez de su acto, o que declare ante el juez cuál es la causa (psicológica) de su acto, o al menos exigir una cierta solemnidad que permita presumir la deliberación bastante (con lo que el donante es juez de su propia causa), a reserva de admitir la prueba en contrario.

A fortiori, si la causa es ilícita, es decir, si el negocio en su conjunto se opone a la Justicia y al bien común, el acto liberal deberá ser anulado, en cualquier momento.

Podemos designar el conjunto de requisitos exigidos en este sentido por la ley, con el nombre clásico de *insinuación*. Esta institución es una de las que con más fidelidad han re-

(6) Loc. cit., pág. 353.

presentado el principio de la verdadera *causa civil*. Concretamente en nuestro Derecho se conserva hasta el Código; los precedentes germánicos de la *robra* son superados en la recepción, al establecer las Partidas: "...si quisiere dar a otro home, o a otro logar, puédelo facer hasta 500 maravedís de oro. Mas si quisiere facer mayor donación de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuere dado de más non valdría. Fueras ende si lo ficiese con carta, e con sabiduría del mayor juzgador de aquel logar do ficiese la donación" (1).

El sentido de esta disposición fué interpretado correctamente por la doctrina y por la práctica. Poco antes del Código escribía GUTIÉRREZ: "Buena es la generosidad, pero el legislador no debe permitir, en bien de las familias y del Estado, que el particular dilapide su hacienda con donaciones y prodigalidades. Para precaver este peligro, ha hecho que intervengan en las donaciones formalidades solemnes, que eviten las precipitaciones y hagan reflexionar el acto despacio".

En la Corona de Aragón, el fin primordial de la insinuación, como observa ISABAL (2), es el de la publicidad, otro aspecto del bien común y, en consecuencia, de la causa civil. Trátase de evitar la simulación de donaciones en fraude de la ley, "ad obviandum multum scandalis quae praetextu falsarum donationum in Regno Aragonum committuntur".

Aunque algunos autores afirmaron el carácter constitutivo del acto judicial en la insinuación, la mayoría (Antonio GÓMEZ, MOLINA, etc.) y la práctica declararon que el juez se limita a dar curso a la voluntad justificada de las partes; pero reconocen el poder del juez para oponerse al acto, si encuentra viciada la causa (3).

Creemos, en consecuencia, que deberían aumentarse las

(1) Ley 9, tít. 4 de la Partida V.
(2) "La insinuación de las donaciones en Aragón", en "Revista de Derecho Privado", 1923 (X), pág. 129 y sig.
(3) Véase MOLINA, disp. 287.

escasas garantías que da el Código civil, decretando inexorablemente la nulidad de las donaciones simuladas: criterio que ya vimos que empieza a sostener el Tribunal Supremo, con muy buen acuerdo.

La donación entre cónyuges no es más que un caso particular de la donación en general. La prohibición absoluta, que tradicionalmente consagran las legislaciones, no da motivo suficiente para formar un concepto aparte.

Finalmente, nos parece aceptable la inclusión de la donación *mortis causa* entre las últimas voluntades. La donación remuneratoria, perfectamente desarrollada por los viejos juristas, merecería alguna mayor atención que la que le presta nuestro Código.

Y, como diría MOLINA, más podríamos decir, *pero baste lo dicho.*

LOS SEIS LIBROS
DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO



TITULOS DE LAS DISPUTACIONES CONTENIDAS EN EL LIBRO SEGUNDO

262.—La promesa se diferencia del propósito. Y de las dos clases de promesas. Y de las virtudes de la veracidad y fidelidad.

263.—De si la promesa se puede revocar libremente antes de su aceptación. Y si ello ocurre por naturaleza o por Derecho positivo.

264.—De quiénes pueden aceptar la promesa. Y hasta qué punto es válida la promesa hecha a un ausente.

265.—De si la donación admite modo o gravamen en favor de un tercero. Y de si puede revocarse antes de su aceptación por el tercero.

266.—De si tiene fuerza de obligar la promesa interna.

267.—Hasta qué punto debe ser liberada y espontánea la promesa o estipulación para que obligue.

268.—De si es válida la promesa o estipulación de cosa incierta, de un acto ajeno, de cosa sagrada o pública, o de un hombre libre.

269.—De si es válida la promesa de una cosa que sólo exista en la esperanza. Y para quién perece la cosa prometida.

270.—De la promesa de pagar las deudas ajenas, o de pagar las propias en plazo diferente o en lugar distinto. Y de la promesa disyuntiva o copulativa, y de cosa incierta por determinadas razones.

271.—De la promesa de cosa imposible, ilicita, o contra las buenas costumbres, que diera ocasión de ruina espiritual. Y de esta última cuando sea confirmada por juramento.

272.—De las causas que hacen licito el incumplimiento de la promesa aceptada.

273.—Diferencia entre la promesa y la donación consumada.

274.—De quiénes pueden donar. Y en particular de las limosnas y donaciones de la esposa.

275.—De las donaciones y gastos hechos con las concubinas. Y de la donación hecha a la concubina por un militar o por un clérigo.

276.—Hasta qué punto el religioso puede donar o hacer limosna.

277.—Hasta qué punto pueden donar el hijo de familia, el menor, el pródigo y el esclavo.

278.—De la insinuación necesaria para la validez de las donaciones. Item si se confirman por juramento.

279.—De las donaciones que no necesitan insinuación para su validez.

280.—De si es válida la donación de todos los bienes del donante. Item si se confirma por juramento.

281.—De la revocación de las donaciones por ingratitud del donatario.

282.—De la revocación de las donaciones por nacimiento subsiguiente de hijos del donante.

283.—De la revocación de las donaciones hechas a uno de los hijos cuando nazcan otros después. Y de la hecha a un extraño por una persona que tenga hijos. Y si puede ser inoficiosa la donación respecto a los ascendientes.

284.—De las clases de la donación, estipulación y promesa. De las donaciones puras y a término.

285.—De la donación, estipulación y promesa condicionales.

286.—De la donación modal. Y de si lo donado para inducir a una mujer a malos fines, o en casos semejantes, está sometido a restitución si no se logra el fin propuesto. Y de las limosnas y demás donaciones que se hagan por causa mentida y movido el donante por falsas demostraciones.

287.—De las donaciones por causa de muerte.

288.—De las relaciones de la donación por causa de muerte con los contratos y con las últimas voluntades.

289.—De las donaciones entre los cónyuges.

INDEX.

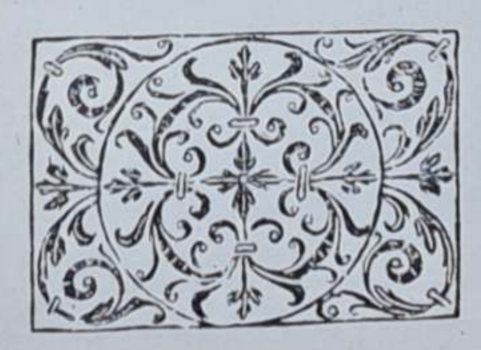
LAVS DEO.



CONCHAE.

Ex Officina Michaelis Serrano de Vargas.

Anno, M. D. XCVII.



Colofón del tomo segundo.

mismo derecho para el pago de las usuras, e igualmente los del ladrón para pago de sus robos.
330.—Hasta qué punto están obligados a restituir los que contraten con usureros, ladrones y otros semejantes.
331.—De si pecan y están obligados a restitución los que cooperan a la usura.
332.—Hasta qué punto están obligados a restituir las usuras los herederos del usurero.
333.—Del tribunal competente para conocer el delito de usura. Y de los usureros notorios o públicos.
334.—De las penas del usurero y de sus favorecedores.
335.—De si es lícito aceptar un préstamo usurario, permitiendo un mal menor para evitar otro mayor.
336.—De la compra y venta.
337.—De la perfección del contrato de compra y venta.
338.—De las arras en el contrato de compra y venta. Y de cuándo se adquiere el dominio de la cosa vendida. Y de otras cuestiones relativas a la perfección de este contrato.
339.—De las tres clases de compra y venta, y de cuál de ellas recibe el nombre especial de negociación. Y de si es lícita.
340.—De las cosas que pueden o no pueden venderse. Y por tanto, de las cuya venta es ilícita.
341.—De si una persona puede ser obligada a vender su cosa.
342.—Hasta qué punto es lícita o ilícita la compra y venta respecto de los clérigos y religiosos.
343.—Algunos casos en que la compraventa es ilícita de parte del comprador o del vendedor, e incluso nula.
344.—De cuándo ocurre esto por las circunstancias de lugar y de tiempo.
345.—Hasta qué punto el monopolio hace ilícita o injusta la compraventa. Y de los acaparadores y especuladores en tiempos de escasez.
346.—De si la venta es ilícita por el hecho de venderse las

cosas a precio más elevado a los extranjeros. Y de los perjurios, embustes, etc., por fin de lucro.

347.—Del precio justo en sí mismo, de la tasa legal y del precio riguroso, medio e ínfimo.

348.—Del criterio para decidir si el precio natural es justo o injusto.

349.—De la compra y venta por encima o por debajo de la mitad del justo precio.

350.—De si es lícita la venta de una cosa a precio superior a su valor, o la compra por precio inferior, cuando no se pase en más ni en menos de la mitad del justo precio.

351.—De los casos en que sin injusticia ni obligación de restituir se puede alterar el precio que de otro modo sería justo. Y si el mercader que venda por un precio ínfimo, y no devuelva la parte de mercancía que faltase hasta el precio riguroso estará o no obligado a restituirla.

352.—De si es válida la compraventa en que intervenga dolo.

353.—Hasta qué punto está obligado el vendedor a manifestar los vicios de la cosa que vende. Y, en general, cuándo el vicio de la cosa vendida permite rescindir la venta o disminuir el precio pagado.

354.—De si es justa la venta al precio corriente, hecha por una persona que supiera que la mercancía iba a ser muy abundante en breve, o que se iba a promulgar una ley disminuyendo su precio.

355.—De si es lícito vender una cosa a más alto precio, por aplazarse el pago, o más bajo por hacer el pago anticipado, sobre todo por razón de lucro cesante o daño emergente.

356.—De si por razón del peligro de perder el capital y de recuperarlo difícilmente y con molestia, se puede vender a crédito más allá del justo precio riguroso, o comprar por pago anticipado a menos del ínfimo justo precio.

357.—De si la venta a crédito aumenta el justo precio de las cosas. Item de las cosas que se llevan en gran cantidad al mercado, o que se transportan por mar.

358.—De cuándo hay usura y cuándo no en la venta con pago anticipado.

359.—De la práctica que se observa en la compra y venta de lanas en algunos lugares de Castilla.

360.—De si es lícita dicha compraventa de lanas con pago anticipado, siendo así que regularmente aumenta su precio al tiempo de la tradición, y poco antes.

361.—De si un crédito futuro puede comprarse justamente por un precio anticipado, pero menor que la cantidad debida.

362.—De la venta de ovejas, dejando el riesgo y custodia durante cierto tiempo a cargo del vendedor. Y de la cosa que debe entregarse en época de mayor valor que cuando la compra. Y de la compra de bueyes cuando el vendedor no los tiene y el comprador se los alquila.

363.—Cuándo el intermediario que vende una cosa de otro, o la compra en su nombre, puede o no puede tomar para sí el exceso del precio.

364.—Del precio legítimo, o sea el tasado por la ley y por la pública autoridad, especialmente por lo que se refiere al trigo.

365.—De si conviene, especialmente en el Reino de Portugal, tasar el trigo del modo acostumbrado.

366.—De si la cosa comprada que perezca o se menoscabe antes de la tradición, lo hace en perjuicio del comprador o del vendedor.

367.—De la venta, y, en general, de la enajenación de cosa específica, o por medida.

368.—A quién pertenecen los frutos de la cosa vendida.

369.—Cuando una cosa es vendida en varios tiempos a personas distintas, cuál de ellos ha de ser preferido a los demás.

garse la dote, puede el marido tomar en su lugar una renta. Y si en tal caso estará obligado a sostener las cargas del matrimonio. Y cuándo el que prometió la dote está obligado solamente a satisfacerla dentro de los límites de su comodidad.

462.—Cuándo pertenece al marido el dominio de las cosas dotales. Y para quién perecen éstas.

427.—Hasta qué punto ha de imputarse el riesgo al marido cuando haya incurrido en negligencia para obtener la dote prometida, si el que la prometió llega a tal estado que no puede pagarla. Y hasta qué punto puede reclamar por evicción el marido.

428.—Hasta qué punto pueden enajenarse los bienes dotales, en particular los fundos dotales, si los hubiere. De si queda recurso a la mujer en caso de evicción durante el matrimonio.

429.—De si hay algún caso en que la mujer pueda reclamar la dote al marido durante el matrimonio.

430.—De los bienes parafernales de la esposa, y de otras cuestiones relativas al capital de ésta.

431.—De las arras de la esposa.

432.—Qué bienes de la esposa pertenecían al marido por Derecho común.

433.—Del capital del marido. Y de los bienes que en Castilla y Portugal se consideran ganancias extraordinarias, y de los bienes comunes a ambos cónyuges.

434.—De si el dominio y posesión de las ganancias extraordinarias corresponde también a la esposa durante el matrimonio.

435.—Hasta qué punto el marido y la mujer pueden renunciar a las ganancias adquiridas, y a las por adquirir. Y si la esposa renuncia o no renuncia a estas ganancias, hasta qué punto está obligada por las deudas y contratos celebrados por su marido.

436.—Si cuando la esposa o sus herederos reclamen la mitad de las ganancias, están o no obligados a estar a

todos los contratos celebrados por el marido. Y si cuando el marido sea fiador, y pague algo, estará obligado o no a computarlo en la mitad suya de gananciales.

437.—Hasta qué punto la administración de los bienes, y en particular de los gananciales, debe corresponder al marido o a la mujer. Y si el marido puede dotar con las ganancias extraordinarias a un hijo del primer matrimonio, o instituir un mayorazgo sin intervención de la esposa.

438.—De la acción privilegiada que tienen la esposa y sus herederos para reclamar la dote a la disolución del matrimonio; y de la hipoteca que para su aseguramiento tienen sobre los bienes del marido.

439.—Hasta qué punto pueden usar el marido y sus herederos de la excepción de dote no pagada contra la esposa y sus herederos.

440.—Hasta qué punto pueden usar los acreedores del marido de la excepción de dote no pagada, contra la esposa y sus herederos.

441.—De los demás bienes que pueden reclamar la esposa y sus herederos, y de los privilegios que gozan. Y lo mismo respecto a los del marido y sus herederos, y del modo de hacer la partición.

442.—Del período de tiempo durante el cual se ha de pagar la deuda a la esposa o sus herederos, una vez disuelto el matrimonio. Desde qué tiempo pertenecen a la esposa los frutos de la dote. Hasta qué punto debe ser alimentada, si no se le devuelve la dote. Y si el marido está obligado solamente a pagar la dote hasta donde pueda.

443.—Dónde pueden exigirse la dote y demás bienes de la esposa. Y con arreglo a qué legislación se entiende celebrado el contrato matrimonial. Y hasta qué punto la causa de la dote compete al juez eclesiástico.

444.—Etimología de la voz enfiteusis.

445.—Definición de la enfiteusis.
446.—De las dos clases de enfiteusis: común y eclesiástica. Y si en esta última se ha de estar a las leyes civiles.
447.—Del origen del contrato de enfiteusis. Y de si es de estricto derecho y nominado. Y si se perfecciona por escritura.
448.—De si se puede admitir la prueba de testigos cuando la escritura es substancial en el contrato, o necesaria para su aprobación, si se perdiere después de legítimamente otorgada.
449.—De si el enfiteuta está obligado a otorgar al dueño directo el instrumento de enfiteusis. Y de la prescripción de la enfiteusis.
450.—De si en el contrato de enfiteusis es necesario pagar una entrada además del canon. Y de lo prohibido a este respecto.
451.—De la cuantía de la pensión enfitéutica. Y en qué especie y cuándo ha de pagarse.
452.—De si es necesario, para la validez del contrato de enfiteusis, el establecimiento de una pensión cierta y determinada. Y de lo que ha de considerarse como pensión justa. Y de si en este contrato es aplicable la l. 2, C., *de rescindenda venditione*.
453.—Qué tiempo de falta de pago es necesario para que la cosa enfitéutica caiga en comiso. Y de si puede el propietario proceder al comiso por su propia autoridad.
454.—De si un infortunio en la cosa enfitéutica, en sus frutos, o la esterilidad, liberan al enfiteuta del pago de la pensión.
455.—De las mejoras que el enfiteuta pierde en favor del propietario al caer en comiso. Y desde qué momento los frutos de la cosa enfitéutica pertenecen al propietario.
456.—De si el enfiteuta está obligado a pagar los gastos de la cosa enfitéutica, y en particular sus cargas y tributos.

457.—De si el enfiteuta cae en comiso por menoscabo culposo de la cosa enfitéutica.
458.—De si el enfiteuta puede ser privado de la cosa por necesitarla el propietario para sus propios usos, o por abusar de ella para malos usos. Y si el propietario tiene preferencia en la compra de los frutos de la cosa enfitéutica, si el enfiteuta los vende.
459.—De si el enfiteuta incurre en comiso vendiendo la cosa enfitéutica, sin avisar al propietario, para que ejercite su derecho de tanteo. Y del laudemio que ha de pagarse al propietario cuando la cosa se venda a otro.
460.—De si uno de los coherederos o copartícipes en la enfiteusis puede vender a otro de ellos su parte sin avisar al propietario. Y si en dicha venta ha de pagarse laudemio. Y si la enfiteusis es cosa divisible. Y de su división en Derecho portugués.
461.—De si el enfiteuta incurre en comiso enajenando la enfiteusis y sus mejoras sin avisar al propietario, por título diferente de la compraventa o gravándola con hipoteca. Y si dicha enajenación produce laudemio.
462.—A quién pertenecen las accesiones de la cosa enfitéutica y las servidumbres correspondientes.
463.—De si las mejoras hechas en la cosa por el enfiteuta deben pertenecerle a él o a sus herederos cuando la enfiteusis termine sin culpa suya. Y de qué modo han de valorarse. Y si de su valoración han de deducirse los frutos obtenidos por el enfiteuta de dichas mejoras después de terminada la enfiteusis.
464.—De las clases de enajenación.
465.—Qué bienes eclesiásticos no pueden enajenarse sin causa legítima y sin las solemnidades de que trataremos más adelante. Y de los que pueden enajenarse válidamente.

dos a respetar el arrendamiento celebrado anteriormente.

491.—De si el fisco, al suceder en los bienes confiscados, está o no obligado a respetar los arrendamientos celebrados por el reo. Item el vinculero respecto a los arrendamientos otorgados por un antecesor, y el fideicomisario a los hechos por el heredero gravado.

492.—Si el menor está obligado por los arrendamientos celebrados por su tutor o curador. Item la esposa, disuelto el matrimonio, respecto a los otorgados por su marido, y el marido a los arrendamientos de bienes dotales hechos antes del matrimonio. Item el Prelado o beneficiado respecto a los arrendamientos de los bienes eclesiásticos hechos por sus antecesores.

493.—De la responsabilidad respectiva del arrendador y el arrendatario en caso de perecimiento de la cosa o de que por cualquier otro impedimento el arrendatario no pueda usarla o disfrutarla.

494.—De qué culpa responden mutuamente el arrendador y el arrendatario.

495.—De si la esterilidad de la finca da lugar a la remisión del canon, o si, al contrario, la mayor fertilidad permite su aumento.

496.—A qué gastos de la cosa arrendada están obligadas cada una de las partes. Y en qué casos está obligado a reembolsar al arrendatario los gastos realizados en la cosa.

497.—En qué tiempo ha de pagarse la pensión. Y si para su aseguramiento, así como de los deterioros de la cosa, existen hipotecas tácitas sobre todo lo que se halle en la finca y sobre los frutos.

498.—Bajo qué penas está obligado el arrendatario a la devolución de la cosa, al expirar el contrato. Y si el arrendatario tiene derecho de prelación y retención por el mismo canon. Y cuándo se considera tácitamente prorrogado el contrato, y hasta qué punto

499.—En qué casos se puede proceder al desahucio antes de expirar el contrato.

500.—De si es lícito arrendar una cosa sabiendo que el arrendatario va a usarla para pecar mortalmente.

501.—De si es usurario el arrendamiento de los llamados vestuarios, con pago anticipado que se espera recuperar, como suele hacerse en la diócesis de Cuenca.

502.—De si cuando se arrienda una nave para ir, v. gr., a las Indias, y por la oposición de los vientos u otra razón la nave no consigue llegar, sino que ha de volverse al puerto, ha de restituirse, al menos, una parte del precio.

503.—De si es lícito el arrendamiento de animales, con el pacto de que el arrendatario deberá conservar su número íntegro, completando las bajas con las crías, o de cualquier otro modo.

504.—De los contratos relacionados con el arrendamiento.

505.—De los sirvientes que arriendan sus servicios.

506.—Del justo salario de los sirvientes.

507.—Del contrato de seguro. Y de otro semejante que se acostumbra a hacer en Sevilla.

508.—Del contrato de apuesta.

509.—Del contrato de decisión por suerte.

510.—Del contrato de juego. Y de si es justo y lícito.

511.—El juego se hace vicioso por las circunstancias. Y de si es vicioso por hacerse con ánimo de lucro o porque se expone el dinero a una pérdida aleatoria.

512.—Hasta qué punto está prohibido el juego por derecho humano, civil y canónico.

513.—De si lo adquirido en juegos prohibidos está sujeto a restitución.

514.—De la repetición de lo ganado en juego prohibido, y hasta qué punto el ganador está obligado a su restitución.

515.—De si el que haya perdido a crédito en juego prohi-

13

575.—Si en la restitución por entero han de devolverse las cosas con sus frutos. Y si después de celebrado el arrendamiento de una cosa de un menor, del Estado o de la Iglesia, el aumento de su precio es causa suficiente para que se otorgue la restitución por entero.



LIBRO SEGUNDO

DE LA JUSTICIA

POR LUIS DE MOLINA, S. J.

DE LOS CONTRATOS

DISPUTACION CCLII

DEFINICIÓN DEL PACTO Y DEL CONTRATO, Y DE LAS OBLIGACIONES CIVILES Y NATURALES

Sumario:

1.—Se propone toda la materia de este libro.
2.—Etimología de la palabra pacto.
3.—Definición del pacto.
4.—Definición del contrato.
5.—Dos clases de obligaciones en justicia: una, puramente natural; otra, puramente material y civil. Varias acepciones del contrato.
6.—En sentido lato, es contrato todo pacto del que surja obligación, al menos para una de las partes.
7.—En sentido más lato aún, contrato es todo pacto, surja o no de él obligación.
8.—De la aceptilación.

9.—Las tres citadas acepciones del contrato se confirman por los autores.

1 EN la disputación 124 de este Tratado II de la Justicia, comenzamos a tratar de la transmisión del dominio por la voluntad del dueño anterior; habiendo tratado hasta aquí de las últimas voluntades. Ahora vamos a tratar de los contratos, para explicar hasta qué punto la voluntad de los contratantes transfiere o no transfiere el dominio, y los derechos que surgen de cada contrato y cuasi contrato. Trataremos primeramente de los contratos en general, en el sentido más lato de la palabra contrato, pasando a continuación a su análisis en particular.

2 Mas como el pacto, si se toman las palabras en su propio sentido, es un concepto más extenso que el de contrato, comenzaremos por el estudio del pacto. Ulpiano (*l.* 1, *in princ., ff. de pactis*) dice que la voz *pacto* procede del latín *pactione*, y que a su vez de la palabra *pacto* procede la de *paz*, como si el efecto tomase el nombre de su causa. Pero nos satisface más lo que dice y refiere San Isidoro (*Etym.*, lib. V, citado en el *cap. pactum, de verb. signif.*), según el cual la voz *pacto* procede de *paz*. Y la glosa a la *l.* 1 citada cree que la voz *pactio* se derivó a su vez de *pacto*.

3 Como dice el mismo Ulpiano (*l.* 1 *cit.*), el pacto o pacción "es el acuerdo y consentimiento de dos o más en una misma cosa". Esta definición y la otra del mismo Ulpiano que se contiene en la *l.* 3, *ff. de pollicitationibus*, se explican mutuamente, al decir en esta última: "pacto es el consentimiento y convención de dos personas". De aquí se deduce que la policitación o promesa, mientras no sea aceptada, no es un pacto, por cuanto no es el acuerdo y convención de dos personas en una misma cosa, sino una simple oferta del promitente, como añade Ulpiano en la misma *l.* 3. Mas cuando ha sido aceptada tiene la naturaleza de pacto, como afirman rectamente Bártolo y el Panormitano (*cap.* 1 *de pactis, núm.* 4), por ser ya el acuerdo y consentimiento de

dos personas en la misma cosa. Y por esta misma razón la donación, por la cual se da gratuitamente una cosa a una persona, tiene el carácter de pacto desde el momento en que es aceptada, por ser igualmente el acuerdo y consentimiento de dos personas en la misma cosa.

El contrato en sentido propio y estricto, como dice Ul- 4
piano, citando a Labeón (*l. Labeo II, ff. de verb. signif.*), "es la mutua obligación de dos personas". Es decir, es un pacto del cual surgen obligaciones recíprocas (1). Por lo que la definición de Labeón no es formal, sino efectiva, sobrentendiéndose la causa de donde surge dicho efecto en la abstracción que usa para definir el contrato. Y así la compraventa es un contrato en sentido estricto; ya que no es un pacto cualquiera, sino que de él surgen obligaciones, lo mismo de parte del comprador que del vendedor, por el mero hecho de su celebración; bastando el consentimiento para que el comprador quede obligado en justicia a pagar el precio al vendedor, y el vendedor, a entregar la mercancía al comprador; esto es, la cosa vendida. Y el vendedor está obligado después de la tradición a responder en caso de evicción, esto es, a indemnizarle de todo lo que no hubiera perdido si no se le privase de la cosa, al ser vencido en juicio por otro que la reclame como suya o por cualquier otra razón. En cambio, la promesa aceptada no es un verdadero contrato; porque si bien de parte del promitente surge en justicia la obligación de entregar la cosa prometida, de parte del beneficiado no surge ninguna obligación en justicia, que es la única que interesa en la definición de Labeón. E incluso diremos que, según el pensamiento de Labeón y de Ulpiano, aquella definición se refiere únicamente a la obligación civil; es decir, aquella a la que el Derecho civil concede acción en el fuero externo.

---

(1) En esta acepción estricta, *contrato* supone un acuerdo, no sólo obligatorio, sino conmutativo y bilateral. Esta concepción influye aún hasta cierto punto en los Códigos latinos, que no se atreven a llamar contrato a la donación, siendo así que la regulan como tal.

5 En efecto, la obligación en justicia puede ser de dos clases. Ya simplemente natural, esto es, la que surge por la misma naturaleza de las cosas, sin que el Derecho positivo la anule, pero sin que tampoco la favorezca, por cuanto no le concede acción. Tal es la que surge cuando una persona vende una cosa a más precio del que sería justo, pero sin que el exceso pase de la mitad; éste estará obligado por la misma naturaleza de las cosas y en el fuero de la conciencia, a restituir por justicia el exceso sobre el precio justo; mas para evitar la multiplicación de los pleitos, no se le concede acción en Derecho civil ni en Derecho canónico.

Otra obligación de justicia es la que a la vez tiene el carácter de obligación natural y civil, por cuanto surge por la simple naturaleza de las cosas, y al mismo tiempo también por Derecho positivo, al concederle el Derecho civil acción contra el obligado. Y así, el que venda el trigo a precio más alto del tasado por una ley justa, está obligado a devolver el exceso del precio; y del mismo modo hay otras casi infinitas que surgen de los contratos justos y de varias otras fuentes, con la mayor frecuencia.

6 En segundo lugar, se entiende por contrato en sentido más amplio, pero menos propio, todo pacto que produzca obligación al menos para una de las partes, como se deduce de la *l. si dominationes, C., quod metus causa; l. si quis emptionis, in princ., C., de praes. trig. anno.*, y *l. contractus, C., de fide instrum.*, afirmándolo la glosa a la auténtica *sacramenta puberum, C., si adversus vendit.*, en la palabra *contractibus*. En esta acepción del contrato, la donación, si se considera desde el momento de la tradición de la cosa donada, no es un contrato (1), ya que por lo mismo que la cosa se entrega, no hay obligación alguna en justicia, ni de parte del donatario, que la recibió y la acepta, ni de parte del donante, que en adelante no tiene deber alguno, sobre todo considerando que no está obligado a responder en caso

(1) Podría sostenerse que MOLINA distingue el contrato del *acuerdo real*, justa causa para la tradición, pero no productor de obligaciones.

de evicción, como consta por la *l. Arist., parr. ult., ff. de donat.*, afirmándolo la glosa al *párr. aliae, I., de donat.*, en la palabra *venditionis*, y Antonio Gómez (*Var. Resol., II*, cap. 1, núm. 3, y cap. 4, núm. 1), con los doctores en general. Exceptúase el caso de que el donatario hubiera hecho gastos en la cosa donada, si el donante sabía en el momento de donar que la cosa pertenecía a otro, pues en tal caso habrá de responder de los gastos y demás perjuicios, pero no del valor de la cosa donada, como consta en la *l. Arist., párr. últ. cit.*, debiendo entenderse en este sentido, a Conrado (*De contractibus*, q. 16). Pues dicha obligación solamente de un modo accidental sigue a la donación; mas de suyo procede únicamente del dolo y de la conciencia que tenía el donante de que la cosa pertenecía a otro, por lo cual se le considera causa injusta de los daños accidentalmente seguidos de dicha donación.

Mas cuando la donación se considera en el momento de la promesa, es un contrato en esta segunda acepción, pues si bien de la promesa aceptada no surge obligación alguna por parte del donatario (diga lo que quiera en contrario Soto, *De iust.*, VI, q. 2, art. 1), sí, en cambio, de parte del donante. Pues aunque tal promesa surge por la liberalidad del donante, siendo, por tanto, un acto de liberalidad del promitente, y no de justicia, de ella resulta, no obstante, obligación en justicia, por la cual el promitente queda en justicia obligado a cumplir lo que prometió movido por la simple liberalidad, como explicaremos más extensamente en su lugar. E incluso afirman la glosa últ. a la *l. Arist., párr. últ. cit.*, y al *párr. aliae, vèrb. venditionis, I., de donat.*, Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 2, núm. 35) y la opinión más común entre los doctores, que él cita, que cuando haya precedido la promesa aceptada, y subseguido la tradición de la cosa prometida, deberá responder el donante en caso de evicción. Se apoyan en que desde el momento en que el donante hizo la promesa quedó obligado a transferir el dominio de la cosa prometida, siendo así que no lo hace cuando

la cosa era ajena, dando lugar a la evicción. Y lo confirman basándose en la *l.* 1, *C., de iure dotium,* según la cual, el suegro está obligado a responder a su yerno, en caso de evicción, de la cosa dada en dote, si precedió la policitación o promesa de la misma. Y yo creo verdadera esta sentencia cuando la cosa prometida no era cierta y determinada en singular, sino genérica o indeterminada, como doscientos ducados, tantos modios de trigo, tantos bueyes, o algo semejante. Pues entonces, como la promesa no se refería a éstos ni aquéllos en particular, el promitente no se libera de la obligación entregando una cosa ajena, aun cuando lo haga por ignorancia. Mas cuando la cosa prometida era cierta y determinada, como esta casa, este caballo, tal esclavo, o algo semejante, creo que el donante no estará obligado a responder en caso de evicción una vez entregada, a no ser que al prometerla tuviera la intención de obligarse a dar una cosa semejante o su valor, en el caso de que aquélla no fuese suya, cuyo ánimo en general no puede presumirse en el promitente. Nos basamos en que la promesa ha surgido por pura liberalidad, y no puede obligar al promitente en conciencia ni en el fuero externo, a más de lo que él quisiera obligarse; por lo que, como la promesa sólo tenía un objeto singular y determinado, sólo a ello estará obligado el promitente por la fuerza de su promesa; y aunque perezca después de la tradición, y se demuestre que es ajena y tenga lugar la evicción, no tendrá obligación alguna, a no ser que conste su voluntad en contrario.

Podemos confirmar esta nuestra opinión. Primero, porque en la duda, es mejor la condición del poseedor, y el que ha prometido y entregado una cosa determinada en particular, es el poseedor de todos sus demás bienes, por lo que, a no ser que conste que tuvo la intención de entregar el valor de la cosa en caso de evicción, no tiene ninguna otra obligación.

Segundo, el que ha prometido una cosa determinada en particular, probablemente no hubiera prometido otra, si supiera que aquélla no era suya, y como la donación no obliga al donante más que a lo que él haya querido obligarse (1), se deduce que si no consta la voluntad en contrario del promitente, no deberá ser obligado a entregar otra en su lugar.

Tercero, cuando la donación empieza en el mismo acto de la tradición, la única causa de que el donante no esté obligado a responder por evicción, es que no quiso donar más que lo que entrega precisamente; por lo que, como el que ha prometido una cosa determinada en particular no ha querido prometer ni donar más que dicha cosa precisamente, no puede obligársele a nada más, ni aun en caso de evicción.

Añádase que la *l. Aristót., párr. últ., ff. de donat.*, habla en general de la donación de cosas determinadas en particular, sin distinguir que la donación comience en la misma tradición o en una promesa anterior. Y respecto a la *l. autem, l. C., de iure dotium,* en que se apoya la opinión contraria, observaremos que se refiere a la promesa de una cosa al yerno en concepto de dote, y, por tanto, a título oneroso, por lo que se establece que si ha habido previa promesa, estará el suegro obligado a responder en caso de evicción; siendo muy distinta la naturaleza de la promesa puramente gratuita de que antes tratamos (2).

Observaremos, finalmente, que cuando el donador haya expresado que desea responder en caso de evicción, responderá efectivamente, aun cuando la donación comience en el momento de la tradición, como consta en la *l. 2, C., de evictionibus*.

En tercer lugar, se entiende por contrato en sentido la- 7
tísimo y todavía menos propio, cualquier pacto, produzca o no obligación (3). Y en este sentido la donación, considérese

---

(1) El obligado debe hacer todo lo que mande el Derecho, aunque él no lo haya previsto, y esto lo sabe perfectamente MOLINA. Pero el juez ha de tener en cuenta la voluntad de las partes, y al que prestó, v. gr., no se le puede obligar a donar.

(2) MOLINA insiste repetidas veces en el carácter oneroso de la dote.

(3) MOLINA distingue perfectamente el *acto jurídico* (género) del *contrato* (especie), si bien su generalización no sobrepasa la categoría de las convenciones.

en el momento de la promesa o en el de la tradición, es un contrato desde el momento que sea aceptada, como se deduce de la *l. si donationis, C., quod metus causa; l. si quis emptionis, in princ., C., de praescript. trig. anno.*, y *l. contractus, de fide instrum.*, afirmándolo la glosa a la Auténtica *sacramenta puberum*, en la palabra *contractus, C., si adversus vendit.*, y Molina (*De primog.*, lib. IV, cap. 2, núm. 61). Pues aunque la donación aceptada que empiece en la tradición no produce obligación alguna ni de parte del donante ni del donatario, por cuanto transmite el dominio mediante el concurso de las voluntades del donante, que consiente en donar, y del donatario, que consiente en aceptar (1), estamos ante un pacto y, por tanto, un contrato en esta última acepción de que ahora tratamos.

8 En esta misma acepción es contrato la aceptilación, en la cual, al preguntar el deudor a su acreedor si da por pagado y recibido su crédito, y quiere remitirlo, responde el acreedor: lo doy por recibido y lo remito, extinguiendo así la deuda. Pues aunque de dicha aceptilación no surja obligación alguna, antes bien se disuelven las anteriores que tuviera el deudor en favor del acreedor, por cuya razón se le llama también *distracto*, o sea, disolución del contrato, entendido éste en una de las dos primeras acepciones; como, no obstante, supone el concurso de voluntades del acreedor, que consiente en perdonar la deuda, y del deudor, que pide su condonación y la acepta, tiene el carácter de contrato en esta última acepción de que tratamos.

9 Estas tres acepciones de la voz contrato pueden verse en Conrado (*De contractibus*, q. 16), Silvestre (*verb. contractus*, q. 1) y, en general, en los doctores, entre ellos Bártolo (*l. Labeo II, ff. de verb. signif.*), deduciéndose, además, de los tres textos anteriormente citados y sus glosas correspondientes. Y la última acepción no es disconforme con el sonido de la palabra contrato, por cuanto es el tracto de la voluntad, o el consentimiento de varios en una misma cosa, ya sea la transmisión del dominio, ya la creación de una obligación, o su disolución, por lo cual puede razonablemente llamarse contrato en sentido amplio. Por lo cual no tiene razón Soto al reprender estas tres acepciones de la voz contrato, contra los textos y los autores citados.

(1) Volvemos a insistir en este concepto del acuerdo de voluntades, no obligatorio, pero justa causa de la tradición.



DISPUTACION CCLIII

DE LOS CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS

Sumario:

1.—División de los contratos en el sentido más lato de esta palabra. Qué cosa sea el contrato nominado.
2.—Qué cosa sea el contrato innominado. Y de los contratos unilaterales y sinalagmáticos.
3.—De las cuatro clases de los contratos innominados.
4.—La negación se reduce a la afirmación, y de este modo el no hacer se incluye dentro del hacer en sentido lato.
5.—Los contratos complejos han de descomponerse en los contratos simples que los integran.
6.—En la duda de si un contrato es nominado o innominado, debe considerarse innominado.
7.—Algunos contratos innominados son más análogos que otros a ciertos contratos nominados.
8.—Objetivamente considerados, el cambio y la permuta son contratos nominados.
9.—Según la opinión de muchos, la permuta es un contrato innominado.
10.—Refutación de los argumentos en contrario.

Los contratos, en el sentido más lato de esta palabra se dividen en *nominados* e *innominados*, según establece claramente la *l.* 1, *párr. últ. y penúlt.*, y la *l. iuris gentium, in princ., ff. de pactis.* 1

Contrato nominado, como dice Ulpiano (*l. iuris gentium cit.*), es "el que no se limita al nombre general de convención

o contrato, sino que tiene el nombre de un contrato propio y específico". Lo cual ha de entenderse lo mismo si el contrato es de Derecho de gentes, teniendo un nombre peculiar, que si es de Derecho civil, con especial denominación y forma. De la primera clase es la compra-venta, esto es, el pacto de dar una mercancía por un precio, v. gr., trigo por dinero. Pues cuando dos cosas, que no son precio propiamente dicho, se cambian la una por la otra, como vino por aceite o trigo por lana; o cuando se cambian cosas que sean las dos precio, como una moneda de oro por varias de plata, o una de plata por varias de bronce, no hay compra ni venta, sino permuta o cambio. De la misma naturaleza son el arrendamiento, la sociedad, el comodato, el mutuo y otros semejantes, entre ellos los esponsales y el matrimonio. Mas como estos dos últimos contratos no se refieren a los bienes materiales, sino al mutuo derecho sobre los cuerpos y al acto de la generación, caen fuera de este tratado II de la Justicia.

De la segunda clase son la enfiteusis, el feudo, la estipulación y la aceptilación, que han sido descubiertos e introducidos en Derecho civil, y los dos últimos incluso sometidos a cierta forma literal, que si se observa, produce obligación civil, y, por tanto, acción contra el que se niegue a cumplirlos.

2 Son *contratos innominados* los que carecen de nombre propio y específico, de los cuales pondremos en breve ejemplos.

Los contratos nominados o innominados pueden ser *bilaterales*, que son aquellos en que una de las partes se obliga para que la otra se obligue recíprocamente, dando lugar, por lo tanto, a obligaciones recíprocas; y éstos son los contratos en la primera y más propia de las acepciones que explicamos en la disputación precedente: así la compra-venta, el arrendamiento, la sociedad y otros semejantes.

Otros son *unilaterales*, por cuanto no producen obligación para las dos partes, cayendo, por lo tanto, solamente den-

tro de las dos últimas acepciones de la palabra contrato, explicadas en la disputación anterior. Así la aceptilación, según lo que allí también dijimos. Item la estipulación, cuando confirma una promesa hecha por una sola de las partes; ya que la estipulación ha sido inventada e introducida en el Derecho civil para transformar los contratos innominados en contratos nominados, dotándoles de obligación civil (1). De modo que si la forma de la estipulación reviste una promesa hecha a una sola de las partes, la transforma en contrato nominado unilateral; pero si va unida a una promesa mutua, por ejemplo, diciendo: "¿Prometes que me darás un modio de trigo, para que cultive tus campos?", respondiendo la otra parte: "¿Prometes cultivar mis campos a cambio de un modio de trigo?", al consentir las dos partes resulta un contrato bilateral o sinalagmático, nominado por razón de la estipulación añadida; de todo lo cual trataremos más extensamente en la disputación siguiente.

Todos los contratos bilaterales innominados se reducen a una de las cuatro clases siguientes, como consta en la *l. naturalis, in princ., ff. de praescrip. verb.*, y l. 5, tít. 6 de la Partida VI: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.* 3
Pues cuando una cosa que no sea precio en sí misma se da por un precio, estamos ante la compra-venta, como consta en la *l. naturalis cit., parr. et si quidem*, que es un contrato nominado. Mas cuando dos cosas que ninguna de las dos sean precio, o siéndolo las dos, se dan o prometen la una por la otra, existe un contrato innominado *do ut des.*

Asimismo cuando se arriendan los servicios de una persona a cambio de un precio, tendremos un contrato de arrendamiento, que es nominado, según la misma *l. naturalis, parr. at cum;* mas cuando se da o se promete una cosa que no sea precio, tendremos un contrato nominado, que de parte del que se obliga a los servicios será *facio ut des*, y de parte del que se obliga a una remuneración es *do ut facias*, como añade

(1) Correctísima aplicación de la verdadera teoría de la causa.

la misma ley; v. gr., si una persona conviene con otra en darle un caballo para que manumita a un esclavo. Asimismo ocurrirá si se ofrece un precio por un hacer no arrendable, v. gr., te doy ciento para que manumitas a tu esclavo, según el párrafo citado y la glosa de Acursio correspondiente. Que éste es el modo de distinguir dichos contratos, *do ut facio* y *facio ut des*, lo afirma con Bártolo la opinión común, citada y seguida por Padilla (*l. naturalis, párr. sed si, núm.* 5).

Finalmente, cuando se promete un hacer a cambio de otro hacer, existe un contrato *facio ut facias;* v. gr., si una persona se obliga en favor de otra a reparar sus casas, si aquélla cultiva sus campos.

4 Conviene hacer algunas observaciones. Primera, que a la afirmación se reduce la negación, y análogamente, dentro del hacer en sentido lato, se incluye el no hacer. De modo que si una persona pacta con otra: "Te doy mi caballo para que desistas del pleito con Pedro, o para que no hagas tal o cual cosa", dicho contrato se comprenderá dentro de la categoría *do ut facias*.

5 Segunda, que los contratos complejos de varios contratos simples han de resolverse éstos regulándose según las disposiciones relativas a cada uno. Así lo afirman Padilla (*l. naturalis, in princ., núm.* 22), Bártolo y otros que cita Padilla (1).

6 Tercera, en la duda sobre si un contrato es nominado o innominado, debe reputarse innominado. Así lo demuestran *l.* 1 *y* 2, *ff. de praesc. ver.*, y *l.* 1, *ff. de aestimatoria actione*, afirmándolo Bártolo y la opinión común de los doctores, citada y seguida por Alvaro de Velasco (*De iure Emphyt.*, q. 6, núm. 4). Mas cuando una cosa se vendiera al mismo tiempo por un precio y otra cosa, v. gr., una finca a

(1) La construcción es sumamente simplista, ya que el contrato complejo no es una yuxtaposición, sino una unidad superior, donde los contratos particulares pierdan en gran parte su propia individualidad. Pero sí es cierto que las disposiciones aplicables serán las relativas a éstos, y la teoría general de las obligaciones.

cambio de mil dineros y un caballo, si el precio excediera al valor de la cosa, como ocurre en el ejemplo propuesto, se reputará compra-venta. Así lo afirma Padilla con Bártolo y la opinión común de los doctores (*ubi supra*, núm. 2), y se prueba por la *l. tenetur, párr.* 1, *ff. de actionibus empt.*, *l. Arist. in princ., ff. de don.*, y mucho más claramente por el *cap. ad quaest., de rerum permutatione*.

Cuarta, como quiera que de los mismos capítulos en que 7
se comprenden todos los contratos innominados surgen también contratos nominados bilaterales, se deduce que algunos contratos innominados son más semejantes a ciertos contratos nominados que a los demás. Pues bien, los contratos innominados deben nominarse y resolverse por analogía con los contratos nominados más semejantes. Y así, el contrato *do ut des* deberá regularse por analogía a la compra-venta, pues en ésta se da una cosa que constituye el precio por otra que no lo es. Del mismo modo, los contratos *do ut facias* se regularán por analogía al arrendamiento, en que se da una cosa, que es el precio, a cambio de un uso o servicio arrendable.

Fáltanos resolver una dificultad que surge de lo que lle- 8
vamos dicho. Si se presta atención a lo que dijimos sobre los contratos *do ut des*, se deducirá que la permuta y el cambio son contratos innominados, siendo así que atendiendo a la definición de los contratos nominados, parece que, sin duda alguna, debiera comprenderse entre éstos. Pues la permuta es un contrato introducido por Derecho de gentes, más antiguo aún que la compraventa, y extendido entre todas las naciones, lo que no ocurre con la compra-venta, designándose, además, con los nombres peculiares de permuta y cambio.

No obstante, la opinión común afirma que la permuta es 9
un contrato innominado. Así la glosa a la rúbrica *C., de rerum permutatione;* la glosa última a la *l.* 1, *C., eod. tit.*, Bártolo y en general los autores citados y seguidos por Padilla (*l. naturalis, in princ.*, núm. 23). Si bien la glosa úl-

timamente citada y muchos que cita el mismo Padilla (*ibid., parr. et si idem, núm.* 9), seguidos por Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 8, al final), afirman que sólo hay permuta propiamente dicha cuando se conmuta una cosa individualmente cierta por otra de la misma naturaleza, lo cual no se incluye dentro del contrato *do ut des*, que sólo tiene lugar cuando, al menos por una de las partes, se cambia una cosa genéricamente cierta, pero individualmente indeterminada. Mas con razón disienten Padilla (ibid.), Pinelo (*rub. C., de rescind. vendit.*, part. 2, núm. 10) y los doctores que citan, al decir claramente que también la permuta de cosas individuales se comprende en el contrato *do ut des*, y que tanto quiere decir permuta como contrato *do ut des*. Y la opinión de ambas glosas, de Bártolo y de la mayoría de los autores, o sea que la permuta es un contrato innominado, se deduce suficientemente de la *l. iuris gentium, in princ., ff. de pactis; l. naturalis, parr. et si idem, ff. de praesc. verb.*, y l. 5, tít. 6, Partida V, etc.

10 A las objeciones en contrario responden la glosa a la rúbrica *C., de rerum permut.*, Bártolo (*l. iuris gentium, in princ.*) y otros, que el nombre de permuta es común a todos los contratos bilaterales, incluso a la compra-venta; y que para que un contrato sea nominado, no basta que tenga el nombre de algún género remoto y subalterno de contrato, sino que hace falta que tenga un nombre peculiar y específico, según dijimos en la misma definición de los contratos nominados, lo cual no ocurre con la permuta.

Por lo demás, todo lo dicho en esta disputación y otras cosas que pudiéramos añadir se harán evidentes por lo que trataremos en las siguientes disputaciones.



DISPUTACION CCLIV

DE LOS CONTRATOS QUE SE PERFECCIONAN POR EL SIMPLE CONSENTIMIENTO, POR LAS PALABRAS, POR LA ESCRITURA Y POR LAS OBRAS

Sumario:

1.—De los contratos consensuales, a los cuales se reduce el de esponsales.
2.—De los contratos verbales.
3.—Diferencia entre el Derecho moderno y el antiguo en en cuanto a los contratos verbales.
4.—Es válida la estipulación entre personas de habla distinta, aunque la interrogación se haga en un idioma y la promesa en otro, con tal de que se entiendan recíprocamente.
5.—El contrato verbal no puede perfeccionarse entre ausentes, es decir, cuando una de las partes no pueda oír la voz de la otra.
6.—Para que la estipulación sea válida es necesario, no sólo que el estipulador y el promitente estén presentes, sino que la respuesta siga inmediatamente a la interrogación.
7.—Por Derecho de Castilla, todo contrato es válido desde que se entienda que una de las partes se quiso obligar en favor de otra, estuviera ésta presente o ausente.
8.—Esto tiene lugar aunque el consentimiento se preste por escrito o por señas.
9.—La aceptilación es un contrato verbal.
10.—De la estipulación Aquiliana.

11.—Si no se observa la forma de la aceptilación, sino que sólo tiene lugar una promesa del acreedor aceptada por el deudor, se extingue la obligación natural, pero no la obligación civil.

12.—De los contratos literales.

13.—El contrato literal no es válido hasta que se perfeccione la escritura.

14.—De los contratos reales, que se perfeccionan por la tradición de la cosa, no considerándose consumados hasta dicho momento.

1 Ciertos contratos se perfeccionan por el simple consentimiento, que ha de ser mutuo y recíprocamente expresado y manifestado. Así ocurre con la compra-venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, como consta en la Instituta, *de oblig. ex consensu*, párr. único. Pues dichas denominaciones se han impuesto para designar las mismas convenciones, acuerdos o consentimientos mutuos. Por lo que, si los contrayentes no hacen depender estos contratos del otorgamiento de escritura, por el mero hecho de convenirse entre sí quedan perfeccionados, produciendo obligación civil y acción, aunque no intervenga la tradición, ni forma alguna verbal ni literal, y aunque los contrayentes tengan la intención de otorgar posteriormente escritura pública, para mayor firmeza y facilidad de prueba. Dichos contratos pueden asimismo perfeccionarse entre ausentes por medio de cartas, en que recíprocamente declaren su voluntad, o por medio de nuncios, como añade el párrafo citado. Todo ello tiene lugar en los esponsales y en el matrimonio, que tienen lugar y se perfeccionan solamente por el mutuo consentimiento recíprocamente expresado. Porque los esponsales son el mutuo consentimiento y promesa recíproca de contraer matrimonio; y el matrimonio es la concesión del recíproco derecho a los cuerpos para el acto propio de la generación, mediante la mutua concesión y consentimiento.

2 Otros contratos son *verbales*, esto es, se perfeccionan

por medio de cierta forma verbal o de las palabras. Así la estipulación, que se perfecciona por la interrogación previa de una de las partes, que pregunta a la otra: "¿Prometes o te obligas a darme tal cosa, o a hacer esto o aquello, o a dar o hacer tal cosa a cambio de cual otra?"; al subseguir la respuesta y promesa de la otra parte, que se obliga a hacerlo o concede lo preguntado. Así consta en la Instituta, *de verb., oblig., in princ.; l. 5, párr. stipulatio, ff. eod tit.*, y l. 1, tít. 1 de la Partida V. El que interroga y pide que se le prometa, se dice que *estipula* para sí, por lo que se le llama *estipulante* y *estipulador*; y aquel que contesta a su pregunta se llama *promitente*. Tómase también el verbo estipular en sentido pasivo, en cuya acepción, el que es interrogado y promete, se dice también que *estipula* y que ha estipulado, según consta en la *l. si non sortem, párr. penúlt., ff. de condit. indeb.*; Auténtica *de aequalitate dotis, párr.* 1, y su glosa en la palabra *stipulentur; párr. praeterea novatione* y su glosa en la palabra *stipulatus, I., quibus modis tollitur oblig.*

En otro tiempo había ciertas formas verbales rigurosamente prescritas para la interrogación y la respuesta, sin las 3
cuales el contrato no era válido; mas hoy es suficiente que se haga con cualesquiera palabras que signifiquen en cualquier idioma de un modo suficiente que una parte hace su petición, y que la otra presta su consentimiento. Así consta en la Instituta, *de verb. oblig., párr.* 1; *l. omnes, C., de contrahenda et commit. stipulat.*, y l. 2, tít. 11 de la Partida V, según la cual basta que el promitente, al ser interrogado, responda que sí, que está bien, o algo semejante, como afirman las glosas a todas las leyes citadas. Asimismo basta que responda que no hay inconveniente, ¿por qué no?, como consta en la *l. 1, párr. si quis, ff. de verb. oblig.* y la l. 2 citada de las Partidas; la cual añade que si contesta: está bien que así se haga, o bien da, no se considerará perfecta la estipulación, no produciendo, por tanto, obligación, ya que tales pa-

labras no denotan consentimiento y promesa de que así se haga.

4 Dije poco antes que las palabras han de tener significado en algún idioma, pues como afirma la glosa última al *párr.* 1, *I., de verb. oblig.*, y la opinión común, citada y seguida por Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 9, núm. 3), no basta que lo signifiquen por convenio del estipulante y del promitente. Obsérvese, no obstante, que la estipulación hecha entre hombres de habla distinta, aunque la interrogación se haga en un idioma y la promesa en otro, será válida, con tal de que se entiendan recíprocamente, al menos por medio de intérprete; así consta en la *l.* 1, *párr. últ.*, *ff. de verb. oblig.*; *párr.* 1, *I.*, *eod. tít.*, y l. 1, tít. 11 de la Partida V.

5 Los contratos verbales de que tratamos, que sólo se perfeccionan por la voz del estipulante y del promitente, no pueden celebrarse por escrito ni por señas, por lo que no podrán tener lugar entre ausentes, o sea entre personas que disten entre sí de tal modo, que no puedan oír sus voces respectivas. Así consta en el *párr. item verborum*, *I.*, *de inutilibus stip.*; *l.* 1, *in princ.*, *ff. de verb. oblig.*, y l. 1, tít. 11 de la Partida V. Mas si un instrumento público declara que el estipulante y el promitente han estado presentes, deberá estarse a dicho instrumento, a no ser que el promitente pruebe lo contrario de un modo plenísimo, como consta en el *párr. item verborum, cit.*, *l. quoniam, C., de contrahenda stip.*, y l. 32, tít. 11 de la Partida V.

Por la misma razón, como el mudo y el sordo que no oiga la voz humana no puede estipular, por cuanto el mudo no puede interrogar ni prometer verbalmente, ni el sordo oír la interrogación ni la promesa, como consta en el *párrafo mutum, I., de inutil. stip.*; *l.* 1, *in princ.*, *ff. de verb. oblig.*; *l.* 1, *párr. penúlt. y últ.*, *ff. de actionibus et oblig.*; l. 2, título 11 de la Partida V, y otros textos legales. Mas como los contratos no verbales pueden ser celebrados por el mudo y el sordo, ya por escrito o ya por señas, según consta en la *l. in quibuscumque, ff. de actionibus et oblig.*, no hay duda

de que el sordo y el mudo podrán estipular y prometer por medio de un representante designado para ello por señas o por escrito, o por medio de un notario público, e incluso por medio de un esclavo o de un hijo; y lo mismo ocurre con los ausentes. Así consta por la *l.* 1, *in princ.*, *ff. de verb. oblig.*

Obsérvese que para la validez de la estipulación es nece- 6
sario no solamente que el estipulante y el promitente se hallen presentes del modo indicado, sino también que la respuesta siga inmediatamente a la interrogación, es decir, sin intervalo durante el cual el promitente haya desistido del acto; pues aunque después responda, si no se repite la interrogación, la estipulación es inválida. Mas aunque el interrogado se marche, si vuelve y promete antes de haberse ocupado en otros asuntos, será válida la estipulación; y así consta en la *l.* 1, *párr. qui praesens*, y *l. continuus, in princ.*, *ff. de verb. oblig.*, y l. 2, tít. 11 de la Partida V. En cambio, en los contratos que se perfeccionan por el simple consentimiento, aunque el consentimiento de la otra parte se preste después de pasar un intervalo, queda perfeccionado el contrato, como consta en la *l. stip.*, *párr. últ.*, *ff. de verb. oblig.*, y la glosa correspondiente.

Obsérvese, finalmente, que en Castilla, por el Ordena- 7
miento de Alcalá, incluído en la l. 3, tít. 8, lib. 3 del Ordenamiento de Montalvo, y hoy en la l. 2, tít. 16, lib. V de la Nueva Recopilación, toda promesa y contrato serán válidos desde el momento en que se entienda que una persona se ha querido obligar en favor de otra, presente o ausente, con estipulación y sin ella, con observancia o no de la forma, bastando la expresión del simple consentimiento de obligarse para producir obligación civil y acción contra el que se obligó. Y como frecuentemente habremos de mencionar dicha ley para resolver numerosas controversias, convendrá citarla. Pues dice así: "Paresciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún contrato en otra manera, sea tenudo de cumplir aquello a que se obligó, y no pueda poner excepción, que no fué hecha estipulación, que quiere decir pro-

metimiento con cierta solemnidad de Derecho, o que fué hecho el contrato u obligación entre ausentes, o que no fué hecho ante escribano público, o que fué hecha a otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, o que se obligó alguno que daría otro, o haría alguna cosa: mandamos que todavía valga la dicha obligación y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro."

8 De aquí se deduce que en el Reino de Castilla será válida la estipulación hecha literalmente o por señas, y por tanto por un mudo o un sordo; y entre ausentes, o después de un intervalo, y aunque no haya precedido la interrogación, sino que se haga simplemente por promesas o escrituras (perdiendo ya el carácter de estipulación), como observa, entre otros, Gregorio López, comentando las l. 1 y 2 del tít. 11 de la Partida V. Pues en dicho Reino se han abolido todas las sutilezas, solemnidades y complicaciones del Derecho civil, evitando ocasiones de pleitos y la disconformidad entre el fuero de la conciencia y el fuero externo.

Lo demás que pudiéramos decir en este lugar sobre la estipulación lo trataremos más cómodamente en las siguientes disputaciones, y en particular si en el Reino de Castilla se necesita, al menos, la aceptación de la promesa para que ésta produzca obligación.

9 La aceptilación es un contrato, o más bien un *distracto*, que se perfecciona verbalmente. Y como consta en la Instituta, *quibus modis tollitur oblig.*, *párr. item per acceptil.*, sólo extingue las obligaciones civiles contraídas verbalmente, es decir, por estipulación, y no las obligaciones civiles que procedan de otras fuentes. Pues así como el Derecho civil introdujo que la estipulación, contrato verbal, produjese una obligación civil, así también (como se añade en el mismo lugar) se juzgó racional que la misma obligación se extinguiera por medio de otras palabras, que son las de la aceptilación. Esta tiene lugar (ibid., y *l.* 1, *ff. de acceptil.*) por la interrogación que el deudor hace al acreedor: "Lo que te he prometido, ¿lo das

por recibido?", y el acreedor inmediatamente, lo mismo que en la estipulación, contesta: "Sí, lo tengo por recibido", u otras palabras equivalentes. Como la estipulación extingue la obligación civil procedente de una estipulación, de modo análogo a si se hubiera pagado la deuda, recibe también el nombre de pago imaginario o virtual. (*I., párr. cit.*).

La Instituta (*loc. cit.*) y el Digesto (*l.* 1, *ff. de acceptil.*) establecen un modo de extinguirse por aceptilación las obligaciones civiles nacidas de fuentes distintas de la estipulación. Consiste en hacer novación de dicha deuda, transformándola por medio de una estipulación, y haciendo a continuación la aceptilación. Así, el deudor será primeramente interrogado por el acreedor. "¿Lo que me debes por tal o cual título, o el valor de tal o cual cosa que estás obligado a entregarme, prometes dármelo?", respondiendo el deudor: "Prometo"; y de este modo, la deuda anterior se convierte en una deuda procedente de estipulación, que en este caso se llama Aquiliana, por haber sido inventada para este fin por Galo Aquilio. Y a continuación, el deudor preguntará al acreedor: "¿Das por recibido todo lo que te he prometido hoy por estipulación Aquiliana?", contestando el acreedor: "Sí doy por recibido"; extinguiéndose por medio de esta aceptilación toda deuda y obligación civil. 10

Pablo de Castro, en el sumario que hace de la *l.* 1, *ff. de acceptil.*, dice que si no se observa la forma de la aceptilación, sino que solamente tiene lugar un pacto nudo o promesa del acreedor aceptada por el deudor, remitiendo la deuda contraída por estipulación, no podrá después reclamarse; pues aunque no se extingue la obligación civil, sí desaparece la obligación natural, según lo que diremos en la disputación siguiente. Pues, en efecto, al permanecer la obligación civil, se concede acción al acreedor contra el deudor; mas como se ha extinguido la obligación natural por dicho pacto nudo, estando, por tanto, el acreedor obligado en el fuero de la conciencia a no reclamarla, se concede al deudor una excepción contra el acreedor, basada en existir un pacto de no recla- 11

mar la deuda, perdonando ésta, bastando dicha excepción civil para paralizar la acción, defendiéndose así el deudor, que en todo caso no tenía obligación alguna natural, ni en el fuero de la conciencia. Todo ello se deduce del *párr. praeterea debitor, I., de exceptionibus.*

En el mismo sumario añade Pablo de Castro que si la obligación civil que vinculaba al deudor con su acreedor no procedía de estipulación, sino de algún contrato consensual o real, y el acreedor remite la deuda por aceptilación, debido a su carácter de pacto de remitir o no pedir la deuda, extinguió la obligación natural, produciendo, por tanto, una excepción que paraliza análogamente la acción civil, de acuerdo con el *párr. praeterea cit.*

Ojalá nunca se hubieran introducido en el Derecho civil todas estas sutilezas, que favorecen las ocasiones de pleitos y se entienden difícilmente, poniendo a veces en contradicción el fuero externo con el de la conciencia. Mas ya vimos cómo la citada ley de Castilla las abolió, por cuanto el nudo pacto produce no solamente excepción, sino incluso acción civil, y, por tanto, no sólo extingue la obligación natural, sino también la civil, que es absolutamente destruída por otra obligación civil contraria, del mismo modo que la aceptilación extingue la obligación civil procedente de estipulación (1).

12 Hay otros contratos *literales;* es decir, que se perfeccionan por la escritura. En primer lugar, cuando los contratantes hacen depender el contrato de su otorgamiento, pues entonces, aunque por su naturaleza el contrato sea consensual, como la compraventa y el arrendamiento, no se perfecciona hasta la completa terminación y suscripción de la escritura, pudiendo entre tanto cualquiera de los contratantes renunciar al contrato. Mas si uno de los contratantes

(1) MOLINA es injusto aquí con el Derecho romano, cuyas "sutilezas" critica con escaso sentido histórico. Su apología del Ordenamiento de Alcalá es igualmente exagerada, según vimos en el Estudio Preliminar.

ha entregado arras, si denuncia el contrato sin consentimiento de la otra parte, las perderá; y si lo denuncia la otra parte, habrá de devolverlas duplicadas. Así consta en la *l. contractus, C., de fide instrum.* y en las *Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tít.* 36, donde se añade cuándo se ha de entender y cuándo no que las partes han hecho depender el contrato del otorgamiento de escritura pública. Maranta (*De ordine iudiciorum,* part. 4, dist. 9, núm. 88, y dist 4, número 4), con Baldo y otros, afirma que por lo mismo que los contratantes hayan dicho al celebrar el contrato: buscaremos un notario que otorgue el instrumento, se entenderá que han querido suspender el contrato hasta su otorgamiento, a no ser que conste lo contrario (1).

Será también literal el contrato cuando por Derecho civil 13
o canónico se exija como forma esencial para su validez la escritura, no comenzando la vida del contrato hasta su otorgamiento, como consta en el tít. 36 cit. Tenemos ejemplos de ello en el contrato de enfiteusis de una cosa eclesiástica, y en los contratos que necesitan la insinuación para ser válidos, como diremos respecto a la donación en su lugar respectivo.

Finalmente, hay los contratos *reales,* que se perfeccio- 14
nan por la misma tradición de la cosa, sin que antes de este momento se consideren perfectos. Así ocurre con la donación, el mutuo, el comodato, el depósito, la prenda y otros análogos. Para caracterizarlos, vaya la egregia regla de Bártolo (*l. in terris gentium, in princ., núm.* 2, *ff. de pactis*), según la cual ha de atenderse al nombre del contrato, pues cuando signifique la misma cosa o un hecho externo, no se perfeccionará el contrato hasta su ejecución. Y así, como donación significa dación liberal de la cosa, no se considerará

(1) Si las partes hacen depender la perfección del contrato del otorgamiento de escritura, el acuerdo previo es un verdadero *precontrato.* Pero MOLINA afirma que en este supuesto es esencial el derecho a desistir del contrato, salvo la pérdida de las arras, si las hubiere. Es evidente que en este sentido la noción de precontrato es dialécticamente válida, si bien no de gran utilidad técnica, de no existir cláusula penal.

perfecto el contrato hasta la tradición de la cosa. Y como el mutuo significa dación no liberal de una cosa para que se devuelva otra de la misma especie y valor, por lo cual el mutuo transfiere el dominio, no se considerará perfecto el contrato de mutuo hasta la tradición de la cosa mutuada. Análogamente, el comodato significa tradición liberal de una cosa para su uso, con obligación de devolverla, por lo que no se perfeccionará el contrato hasta la misma tradición liberal de la cosa. Y como el depósito significa posición de la cosa en poder de otro para su custodia, y la prenda aseguramiento de la cosa en poder del acreedor para garantía de una deuda, estos contratos tampoco se perfeccionan hasta la tradición. En cambio, como hipoteca sólo significa vinculación de una cosa para garantizar una obligación, se perfeciona de un modo consensual, sin necesidad de tradición; del mismo modo que la venta y el arrendamiento, que designan las simples convenciones de dichos contratos, y la sociedad, que significa convención entre varias personas para la negociación en común, en beneficio propio. En cambio, la permuta, que significa mutua tradición de una cosa por otra, no se considera perfecta hasta la tradición de ambas, y lo mismo podríamos decir de los demás contratos bilaterales innominados, aunque cuando una de las partes ha cumplido cualquiera de estos contratos innominados, surge una obligación civil, como diremos en la disputación siguiente.



DISPUTACION CCLV

DE LOS PACTOS NUDOS Y VESTIDOS Y DE CUÁNDO PRODUCEN OBLIGACIÓN CIVIL LOS PACTOS Y LOS CONTRATOS INNOMINADOS

Sumario:

1.—Cuándo producen obligación y acción civil las convenciones y los pactos.
2.—Diferencia entre la policitación o simple promesa sin aceptar, el pacto nudo y el pacto vestido.
3.—Del pacto nudo.
4.—De las dos primeras maneras de vestirse los pactos nudos.
5.—De la tercera clase de pactos vestidos.
6.—Son cinco las clases de los pactos vestidos.
7.—De la diferencia entre los pactos nudos y los pactos vestidos de cualquier género.
8.—Los nudos pactos no producen obligación civil, a no ser que por privilegio del derecho se conceda a alguno que produzca obligación civil y acción. Y así, la donación es un pacto vestido por privilegio del Derecho.
9.—Asimismo, el nudo pacto de promisión de dote produce obligación civil.
10.—Análogamente son exigibles las deudas procedentes de promesa.
11.—Del pacto nudo de prenda.
12.—De si estos privilegios legales equivalen a vestir los pactos.

1 Como consta en la *l. iuris gentium, ff. de pactis,* los pactos o convenciones a veces producen obligación civil, y, consiguientemente, acción, y otras veces no. Cuando tienen la categoría de pactos o contratos nominados, producen acción civil y obligación, mas en caso contrario no producen ni obligación civil ni acción. Exceptúase el caso de que ocurra algún hecho o causa que según la misma naturaleza de las cosas, prescindiendo de la convención, haga existir ya alguna deuda; o de que dichos pactos inmediatamente, y no después de un intervalo, se unan a un contrato nominado, o en que intervenga dicho hecho o causa natural (1). Y, según la glosa a la *l. iuris gentium, párr. sed cum nulla, verb. igitur,* y a la *l.* 1, *párr. quin imo, ff. de pactis,* a no ser que por privilegio de la ley algún pacto, fuera de todas estas circunstancias, tenga el privilegio particular de producir acción civil, como consecuencia de la obligación correspondiente. Todo ello consta en la *l. iuris gentium cit., in princ.,* y los dos párr. cit.

2 Para la mejor comprensión de esto, y de las demás cuestiones propuestas en el título de esta disputación conviene saber que en Derecho se distinguen estos tres conceptos: la policitación o simple promesa aun no aceptada, el pacto nudo y el pacto vestido. Como la policitación no es un pacto, según vimos en la disp. 252, prescindiremos de momento de ella, diciendo simplemente que por Derecho civil común no produce obligación civil, ni se le concede acción, como veremos más adelante al tratar de las promesas y donaciones, en cuyo lugar examinaremos también si produce al menos obligación natural, y acción en Derecho canónico y de Castilla.

(1) Este pasaje es capital. Es cierto que Molina no se refiere aquí a un concepto de *causa* tan general como el que nosotros hemos establecido; pero es indudable su pensamiento. El Derecho civil tiene una serie de contratos ya regulados por la ley (*nominados*), que producen obligación y acción; pero, además, hará surgir éstas siempre que el negocio, la causa, aunque imprevistos en el ordenamiento positivo, sean suficientes civilmente. Molina alude a un caso concreto: los llamados *contratos innominados*, donde además del pacto, existe una causa atendible: la prestación realizada.

El nudo pacto, como consta en la *l. iuris gentium, loc. cit.,* sobre todo el *párr. sed cum nulla,* es el que no llega a contrato nominado, ni va unido a un hecho o causa natural que independientemente del pacto produzca obligación entre las partes, ni tampoco a un contrato nominado. Por ejemplo, si prometes a Pedro que le prestarás ciento en concepto de mutuo, y él ha aceptado tu promesa, pero aun no le has entregado el dinero, ni has reforzado la promesa con estipulación, según la cual Pedro te preguntara: "¿Prometes que me darás ciento en concepto de mutuo?", contestándole tú que sí, dicho pacto será nudo; por cuanto no es estipulación ni mutuo, ya que, según vimos en la disputación precedente, el contrato de mutuo se consuma por el hecho de la tradición del dinero, u otra cosa semejante; ni tampoco es ningún otro contrato nominado, como es notorio, ni va unido a otro contrato o pacto, por hipótesis. 3

Análogamente es nudo pacto la convención con otra persona de que te entregará veinte ovejas a cambio de un buey, si no ha habido estipulación ni se ha celebrado tradición alguna, ni dicho pacto va unido a otro contrato. La razón es que se trata de un contrato innominado, *do ut des,* que no llega a contrato nominado, y no ha habido tradición alguna, ni hecho o causa natural que produjera de suyo obligación, ni va unido simultáneamente con otro contrato. Por lo cual, según lo que dijimos al principio de esta disputación, ninguno de estos dos pactos produce obligación civil ni pare acción.

Mas si cualquiera de ellos se hiciera mediante estipulación, como entonces tendría el carácter de contrato nominado, sería un pacto vestido, que produciría obligación civil. Así, si al pacto de cambiar veinte ovejas por un buey se le añade la estipulación, preguntando tú: "¿Prometes que me darás un buey a cambio de veinte ovejas?", y respondiendo él: "Prometo"; preguntando él a continuación: "¿Prometes darme veinte ovejas por un buey?", contestando tú, análogamente: "Prometo", entonces, aunque ninguna de las partes 4

celebre la tradición, tendremos un pacto vestido por estipulación, produciendo obligación civil y, por tanto, acción, lo cual en modo alguno ocurriría con el pacto nudo; constando expresamente ambos extremos por la *l. ex placito, C., de rerum permut.*

Mas hoy los contratos que de otro modo serían innominados, al otorgarse por escritura ante notario o escribano público, suelen celebrarse por mutua estipulación, interrogando el funcionario público a ambos contratantes en nombre de la otra parte, prometiendo ambos, y poniéndose después en el instrumento público que ha intervenido mutua estipulación. Bártolo (*l. 2, ff. de condit. ob causam*), y otros autores, citados y seguidos por Antonio Gómez (*Variar. Resol.*, II, cap. 8, núm. 4), afirman que por ello hoy serán raros los contratos innominados, sobre todo si se celebran ante notario o escribano público. Análogamente, si en el mismo pacto nudo de cambiar veinte ovejas por un buey, interviniera, en lugar de la estipulación, la tradición de las dos partes, o de una sola que entregase el buey o las ovejas, el pacto quedaría vestido por dicha tradición, que sería causa de que, independientemente del pacto, el que aun no ha cumplido el contrato por su parte, esté obligado civilmente en favor del que cumplió, concediéndose, por tanto, a éste acción, que es la llamada por los textos *actio praescriptis verbis*, o *actio in factum*, según la cual, si no cumple la otra parte su obligación en el tiempo debido, puede ser obligada a la indemnización de daños y perjuicios o al cumplimiento; y también una condicción o acción para que restituya lo que haya recibido, en cuanto dado por una causa que no ha tenido lugar, pudiendo, la parte que cumplió, emplear la vía que prefiera. Así se deduce de la *l. cum precibus, párr. frater; l. quoniam, C., de rerum permut.*, y expresamente en la *l. naturalis, párr. et si quidem, ff. de praescript. verbis*, comentando la cual Padilla (núm. 16), explica la denominación de la *actio prescriptis verbis*, y de la diferencia entre ésta y la *actio in factum*. Véase al mismo autor, en el núm. 10 y sig., y An-

tonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 8, núm. 3). Y el párr. cit., de acuerdo con la l. 5, tít. 6 de la Partida V, establece además que se concederá juramento procesal contra la parte incumplidora, para que respecto a los daños y perjuicios se esté al juramento del que cumplió, siempre que el juez esté conforme con su estimación. Y la l. 43, tít. 14 de la Partida V, establece que cuando la parte que cumplió opte por repetir su prestación, podrá al mismo tiempo pedirle indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento, si bien Gregorio López trata de exponer dicha ley de modo concorde a lo explicado.

Ha de observarse además que la *l. naturalis, párr. quod si factam, ff. de praescrip. verb.*, y la l. 45, tít. 14 de la Partida V afirman que en los contratos *facio ut des*, se concede al que ha cumplido contra la otra parte incumplidora de lo prometido, la acción de dolo, y no la *praescriptis verbis*, lo cual ha complicado mucho el asunto para los jurisconsultos, que difícilmente pueden explicar la razón de dicha diversidad peculiar para dichos contratos. Véase entre otros a Padilla (párr. cit.).

Son también vestidos los pactos que van unidos a otros 5
contratos nominados, y aquellos cuyas prestaciones son cumplidas por ambas partes, pues al unirse inmediatamente con otro contrato, se consideran vestidos y producen obligación civil, concediéndoseles la *actio praescriptis verbis* para reclamar los daños y perjuicios contra la parte morosa en su cumplimiento, según consta por la *l. iuris gentium, párr. quin imo, ff. de pactis*. Y así, si una persona al mismo tiempo que arrienda o vende sus casas a otra, pacta simultáneamente la permuta de un buey por un caballo, o de que a cambio de un buey cultivará los campos del arrendador, dicho pacto será vestido por su unión con el contrato de venta o arrendamiento, produciendo por lo mismo obligación civil. Y lo mismo ocurrirá si una persona entrega diez ovejas a otra para que en adelante cultive sus tierras, pactando al mismo tiempo la obligación de hacer un camino a cambio de un car-

nero de renta, pues por ir este segundo pacto unido al primero, que es innominado, pero vestido por cumplimiento de la parte que entrega las ovejas, se considera asimismo vestido, produciendo, por lo tanto, obligación civil, lo mismo que el primero. Lo mismo ocurriría si en los dos ejemplos propuestos se hicieran primero los contratos, y luego, antes de pasar a otros asuntos los contratantes, se añadiesen los pactos, ya que mientras los contratantes no se distraigan del asunto se entiende que celebran inmediatamente los pactos posteriores; mas si, por el contrario, los celebrasen después de pasar a otros asuntos, se considerarían añadidos después de un intervalo.

6 De lo dicho se deduce que hay algunos pactos que por el mero hecho de celebrarse son ya vestidos, como ocurre con los contratos consensuales, como la compraventa, el arrendamiento, etc., por cuanto tienen una denominación específica de contrato, sin necesitar de otra vestidura. Otros pactos se visten mediante una cierta forma verbal, como ocurre con los pactos que serían nudos de no hacerse mediante estipulación o aceptilación, siendo, por lo mismo, contratos nominados. Otros pactos se perfeccionan y visten por la tradición, pasando a contratos nominados, como ocurre con el mutuo, el comodato y el depósito; y otros se visten por un hecho o causa, que, independientemente del pacto, produce obligación, aunque no son contratos nominados. Así ocurre con los contratos innominados, por el incumplimiento de una de las partes, según hemos explicado. Finalmente, los hay que se visten por la simple yuxtaposición inmediata con cualquier contrato vestido, según hemos visto también. Y estos cinco modos de vestidura de los pactos son enumerados por la Glosa, por Bártolo y otros, comentando la *l. iuris gentium, párr. quin imo, ff. de pactis* (1).

7 La diferencia entre los nudos pactos y los pactos vestidos de cualquier modo, como fácilmente se deduce de lo di-

(1) En realidad, la *vestidura* procede siempre, como vimos, de la *causa civil, real o presunta.*

cho, es que los pactos vestidos producen obligación civil, y, por tanto, acción, lo cual no ocurre con los nudos pactos. Así lo establece el jurisconsulto en la *l. iuris gentium, párr. sed cum nulla*: "Por tanto, el nudo pacto no produce obligación", entiéndase obligación jurídica. Covarrubias lo explica (*capítulo quamvis pactum. de pactis*, part. 2, párr. 4, núm. 12 y sig.), diciendo que es para evitar la multiplicación de pleitos, que aumentarían extraordinariamente si se concediera acción a los pactos nudos, si bien rechaza, en cambio, los argumentos de los demás autores.

Mas cuando veas decir que el nudo pacto no produce obli- 8
gación civil, entiende (como decíamos antes) que esto es así, a no ser que por privilegio del Derecho se conceda a algún pacto nudo el producir obligación y parir acción. Por esta razón, aunque en el Derecho antiguo, cuando la donación comenzaba por una promesa aceptada, la simple promesa gratuita no producía obligación civil antes de la tradición, si no se celebraba estipulación, por ser un pacto nudo, ya que antes de la tradición la donación se completa, ni existe contrato nominado, según vimos en la disputación precedente; hoy, no obstante, por disposición del Código, el nudo pacto de donación produce obligación civil y pare acción que se transmite a los herederos del donatario, y contra los herederos del promitente, como consta en la *l. si quis argentum*, sobre todo el *párr. últ., C., de donationibus*, donde se establece que la acción otorgada a dicho nudo pacto de donación es una *condictio*. Lo mismo establece la Instituta, *ead. tit., párr. aliae autem;* las Partidas, en la l. 4, tit. 4, V, y las Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tit. 5, in princ.

Igualmente, por privilegio del Derecho, el nudo pacto de 9
promesa de dote produce obligación civil, y se le concede acción. En efecto, el contrato de dote, como se deduce de su mismo nombre, no se considera perfecto, ni tiene, por tanto, el carácter de contrato nominado antes de la tradición, lo mismo que dijimos en la disputación anterior respecto de la donación, el mutuo y el comodato, por lo cual la prome-

sa aceptada de dote ha de considerarse como pacto nudo. Mas para favorecer los matrimonios se ha concedido que produzca obligación civil y la acción correspondiente, como consta en la *l. ad exactionem, C., de dotis promissione* (1).

10 El mismo privilegio del Derecho se ha concedido a la promesa por la cual una persona se obliga en favor de otra a pagar la deuda de un tercero, o a pagar en día y lugar distintos lo que el mismo promitente debía, de lo cual trataremos en la disp. 270.

11 Bártolo (*l. iuris gentium, in princ., al final, ff. de pactis*) dice que por Derecho pretorio se ha concedido el mismo privilegio al pacto nudo de prenda, es decir, que produzca obligación civil y se le dé acción de acuerdo con la *l. si tibi, párr. de pignore, ff. de pactis*. Por lo demás, como el pacto de prenda suele ir unido al contrato para cuya seguridad se promete la prenda, rara vez existirá el nudo pacto de prenda.

Otros casos menos frecuentes de pactos vestidos de este modo por privilegio son enumerados por la glosa a la *l. iuris gentium, párr. sed cum nulla, verb. igitur, ff. de pactis,* y al *párr. de constituta, I., de actionibus, verb. nulla.*

12 Dudan los autores de si este privilegio legal ha de considerarse como vestidura del pacto, en el sentido de que ni aun en estos casos pueda decirse propiamente que el pacto nudo produce obligación civil. Las glosas a la palabra *igitur cit.* y otras, en el *párr. quin imo,* afirman que este privilegio es verdadera vestidura del pacto. Bártolo, en cambio, rechaza esta opinión.

Por lo que toca a nosotros, aunque en realidad no es más que cuestión de palabras, nos satisface más la opinión de Bártolo, que está de acuerdo con la manera común de hablar, y con la *l. fideiussor,* y su glosa en la palabra *aliqua. ff de fideiuss.* Véanse en Bártolo sus argumentos.

(1) Para favorecer los matrimonios: por existir una importantísima causa civil.



DISPUTACION CCLVI

DE SI SURGE OBLIGACIÓN CIVIL EN LOS PACTOS NUDOS CONFIRMADOS POR JURAMENTO Y SI PRODUCEN ACCIÓN EN DERECHO CANÓNICO Y EN DERECHO CIVIL

Sumario:

1.—El juramento solamente en un caso es causa suficiente para que en Derecho civil el pacto que de otro modo sería nudo produzca obligación civil y acción.

2.—Algunos creen que propiamente al pacto nudo confirmado por juramento no se le concede acción, sino que únicamente el juez eclesiástico puede compeler al cumplimiento del pacto.

3.—Por Derecho canónico, se concede acción al pacto nudo confirmado por juramento.

4. Y lo mismo ocurre en Derecho civil.

Vamos a tratar de si el juramento puede computarse entre los modos de vestidura de los pactos, siendo causa de que un pacto que de otro modo sería nudo produzca obligación civil y acción.

Bártolo (*l. iuris gentium, párr. quin imo, núm.* 19, *ff. de* 1
pactis, y más extensamente en la *l. si quis pro eo, in princ. ff. de fideiuss*) afirma que el juramento solamente en un caso es causa suficiente para que en Derecho civil el pacto que de otro modo sería nudo produzca obligación civil y acción; y es cuando el liberto promete bajo juramento a su patrono la prestación de servicios, como consta en la *l. ut iureiurandi, ff. de lib. causa,* y *l. si quis pro eo, ff. de fideiuss.*

De estos textos legales concluye Bártolo un argumento *a contrario*, de que en los demás casos no expresados por el Derecho el pacto nudo confirmado por juramento no produce obligación civil ni pare acción. Y así, la *l. si quis pro eo* decide claramente que cuando no sea un liberto, sino un ingenuo, el que haya cometido la prestación de servicios bajo juramento, dicho pacto confirmado por juramento no producirá acción contra el promitente. Y ésta es la opinión más común, sobre todo entre los intérpretes del Derecho romano, como afirman el Panormitano (*cap. cum venissent, núm* 26, *de instit.*) y Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, part. 1, párrafo 2, núm. 4) (1).

2 Por lo que toca al Derecho canónico, Inocencio y otros autores, que pueden verse citados por el Panormitano (loc. cit.) y Covarrubias (loc. cit., núm. 1), afirman que el pacto nudo confirmado por juramento no pare acción, sino que únicamente el juez eclesiástico, por su oficio y por razón del pecado en que persevera el que no quiere cumplir el pacto nudo confirmado por juramento, podrá compeler al que juró al cumplimiento del pacto. Se basan estos autores en que por Derecho civil dicho pacto confirmado por juramento no produce obligación civil ni pare acción; luego tampoco en Derecho canónico, ya que no hay texto alguno que haya alterado este principio, y donde no hay especial disposición del Derecho canónico, deberá estarse al Derecho civil, como consta en el *cap.* 1, *de novi operis nuntiat* (2).

3 En dos tesis hemos de resolver esta cuestión. La primera, contra Inocencio y sus secuaces. Y es que por Derecho canónico, el pacto nudo confirmado por juramento pare acción. Así lo afirman Bártolo (*l. si quis pro eo cit.*), el Panormitano (ubi supra), Felino (*cap.* 1, *de iureiur.*), y es la opinión común, citada y seguida por Covarrubias (núm. 3 cit.), seguida también por la glosa al *cap. quoties cordies*, *I, q.* 7, *verb. et pro te.*

Podemos probarlo. Primero, porque el pacto nudo produce acción en Derecho canónico, según el *cap.* 1 *de pactis*, su glosa y la opinión común de los doctores, como veremos en la disputación siguiente; luego con mayor razón el mismo pacto nudo confirmado por juramento producirá acción según el mismo Derecho canónico.

Segundo, todo contrato nudo por Derecho civil o canónico, si no se opone a las buenas costumbres, como ejemplo la venta del fundo dotal o la enajenación hecha por un menor, pare acción en Derecho civil y canónico cuando se confirma por juramento, como consta por el *cap. cum contingat, de iureiur.*; *cap. cum mulieres*, eod. tit., lib. VI; *cap. quamvis pactum, de pactis*, lib. VI, y la Auténtica *sacramenta puberum, C., si adversus vendit.*, de lo cual hemos tratado más extensamente en las disputaciones 149 y 150. Luego con mayor razón se concederá al pacto nudo confirmado por juramento, por cuanto el nudo pacto produce de suyo obligación natural en el fuero de la conciencia, lo cual no ocurre con el contrato nulo; surgiendo, además, la obligación propia del juramento que lo confirma, correlativa al legítimo derecho de la persona favorecida, que pasa a los herederos de ésta, y que es la razón de que se conceda acción a los contratos de suyo nulos, pero no ilícitos, en Derecho canónico y civil, según vimos más extensamente en la disputación 150.

Tesis segunda. El nudo pacto confirmado por juramento 4
produce acción en Derecho civil. Así lo confirman el Panormitano (núm. 26 cit.) y Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, part. 1, párr. 2, núm. 3 y sig.; y part. 2, párr 4, números 15 y 16), con otros que él cita, siendo para mí indudable, de acuerdo con lo dicho en las disputaciones 149 y 150.

A mi juicio, lo prueba suficientemente el segundo argumento que nos sirvió para confirmar la tesis precedente; y los autores citados lo confirman con los mismos textos le-

(1) Los postglosadores no eclesiásticos aplican, en general, el Derecho romano puro en esta materia, con toda la razón.

(2) Esta tesis de algunos canonistas era sumamente razonable. El particular no puede crear relaciones jurídicas, y menos acciones a su gusto; pero el juez eclesiástico podrá, si lo cree conveniente, compelerle al cumplimiento de lo jurado, con censuras espirituales.

gales citados por Bártolo y los demás defensores de la opinión contraria. En efecto, en ellos se concede acción civil a un pacto nudo confirmado por juramento, como reconocen el mismo Bártolo y los demás; y no hay razón para que no se conceda análogamente acción a los demás pactos nudos confirmados por juramento, a no ser que el pacto esté prohibido por Derecho civil y sea nulo por esta razón. Y como egregiamente demuestra Covarrubias, en dichos textos no se habla de algunos servicios cualesquiera, sino de los que acostumbraban a imponerse a los libertos durante cierto tiempo, y que ellos prometían a modo de recompensa por la libertad con que eran favorecidos; estando prohibido a los ingenuos obligarse a ellos por estipulación y juramento, estableciéndose que si lo hiciera fuese írrito y nulo su acto. Y ésta es la razón de que aquellos textos, y en particular la *l si quis pro eo*, establezcan de que, si bien se concede acción contra el liberto que se obligue a ello por juramento, en cambio, si es ingenuo el que lo hace, obre en vano, pues no producirá ni aun obligación natural, por lo que ni aun el fiador tendrá obligación alguna, siendo así que el fiador está obligado civilmente, aunque el deudor principal sólo tenga alguna obligación natural, como consta por la *l. fideiussor*, 5, *ff. de fideiuss.*

Mas cuando un ingenuo, no como liberto, sino como tal ingenuo, prometa bajo juramento, o lo que sea, se concederá acción contra él, no solamente cuando intervenga la estipulación, y, por tanto, un contrato nominado, sino también cuando confirme su promesa nuda por juramento; a no ser que el pacto sea bilateral, y la otra parte no quiera cumplir su prestación, pues entonces ninguno de ellos estará obligado, por cuanto la promesa se hizo bajo la condición tácita de que el otro cumpliera igualmente el pacto confirmado por juramento.



DISPUTACION CCLVII

SI EL PACTO NUDO PRODUCE OBLIGACIÓN NATURAL Y EN EL FUERO DE LA CONCIENCIA, Y SI PRODUCE ACCIÓN EN DERECHO CANÓNICO Y EN EL REINO DE CASTILLA

Sumario:

1.—El nudo pacto produce obligación natural y en el fuero de la conciencia. En el fuero externo produce la *soluti retentio*, y la compensación con deudas civiles.
2.—El nudo pacto produce acción en Derecho canónico.
3.—La acción que por Derecho canónico se concede a los nudos pactos sólo tiene lugar en las causas que tocan al tribunal eclesiástico, pero no en las de los laicos.
4.—Para que en Derecho canónico el nudo pacto produzca acción para obligar a su cumplimiento, es necesaria la expresión de la causa.
5.—Se presume la donación cuando se ha prometido algo sin expresión de la causa, si consta que el promitente tenía conciencia, al hacer la promesa, de que no había causa alguna para ella.
6.—Cuando no se expresa la causa, el Derecho canónico no concede acción al nudo pacto para obligar a su cumplimiento.
7.—De la excepción *non numeratae pecuniae*.
8.—De la excepción de dote no pagada.
9.—De la excepción *non recepti debiti*.
10.—Importante diferencia entre la acción que se concede a los nudos pactos, según el Derecho civil y el canónico.
11.—El nudo pacto produce acción en el Reino de Castilla.

1 La opinión común de los autores, citados y seguidos por Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, part. 2, párr. 4, número 13), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 9, número 2) y Padilla (*l. naturalis, párr. et si quidem, núm.* 17. *ff. de praescrip. verbis*), afirma que el pacto nudo produce obligación natural, según la cual los pactantes están obligados en el fuero de la conciencia a su cumplimiento, incluso bajo culpa grave, si la materia tiene la gravedad suficiente. La razón es que, atendiendo únicamente al Derecho natural y de gentes, antes de la introducción del Derecho civil, no había diferencia alguna entre los contratos nominados e innominados, como afirma Alvaro Velasco (*De iure emphy.*, q. 6, número 2) con Fortunio y otros, ni tampoco entre los pactos nudos y los vestidos; por lo que en el fuero de la conciencia, y según la misma naturaleza de las cosas, todos los pactos producían obligación, que por esta razón recibe el nombre de obligación natural, para distinguir la obligación civil, que es la que pare acción civil.

En efecto, el Derecho civil, para evitar la multiplicación de los pleitos, se vió obligado a no conceder obligación ni acción civil a los nudos pactos, salvo algunas excepciones que vimos en la disputación 255; pero, no obstante, no les privó de la fuerza que tendrían si sólo se atendiese al Derecho natural y de gentes, de obligar naturalmente, sino que, en virtud de ella, les concedió incluso varios efectos civiles (1). Y así, lo debido en virtud de un pacto nudo, si bien no se puede exigir en el fuero externo, sí se podrá retener una vez pagado en el mismo fuero, sin que se pueda pedir la devolución. Asimismo, si el acreedor, a su vez, tuviera una deuda civil con el mismo deudor, podrá hacer compensación con la deuda natural, sin que se le pueda obligar en el fuero ex-

(1) Hay que completar esta doctrina con una tesis que el propio MOLINA repite a menudo: el Derecho civil puede, por disposición expresa, quitar a los nudos pactos incluso el poder de obligar naturalmente, con justa causa. Así lo hace, por ejemplo, con los actos del sometido a interdicción civil, con los pactos usurarios, etc.

terno a pagar más que la diferencia. Finalmente (que viene a ser casi lo mismo), podrá presentar excepción contra el que le exija una deuda, si se le ha remitido por nudo pacto, no estando obligado a pagar. Así consta en la *l. iuris gentium, in princ., párr. sed cum nulla, ff. de pactis*. En efecto, al dividir Ulpiano todos los pactos que por Derecho de gentes tienen algún vigor, dice: "Por Derecho de gentes los pactos unas veces producen acciones, y otras, excepciones", lo cual ha de entenderse en Derecho civil. Y a continuación añade que solamente los contratos nominados y los pactos vestidos paren acción, mientras que los nudos pactos sólo producen excepción. Por lo que concluye en el *párr. sed cum nulla*: "Luego los nudos pactos no producen obligación, pero paren excepción", lo cual ha de entenderse igualmente en Derecho civil y en el fuero externo.

Además, la obligación que surge del pacto nudo, aunque no produce acción civil contra la otra parte, sí, en cambio, contra el fiador, si lo hubiere, pudiendo igualmente retener la prenda, si se diere para asegurar su cumplimiento (*l. fideiussor, párr. fideiussor, ff. de fideiuss.*)

Igualmente confirman que el nudo pacto produce obligación natural, y que por ello el Derecho civil le concede los derechos enumerados, el *párr. praeterea debitor, I., de exceptionibus; l. Stichum, párr. naturalis, ff. de solutionibus; l. ex hoc iure*, y su glosa en la palabra *obligationes, ff. de iust. et iure*; y *l. cum hoc, párr. is natura*, y su glosa *ff. de reg. iuris*.

Por lo que toca a la segunda de las cuestiones propuestas, la opinión común de los autores afirma que el nudo pacto produce acción en Derecho canónico, de acuerdo con el *cap.* 1 *de pactis*. Así lo afirman la glosa, el Panormitano, Felino y otros comentadores del canon citado; Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 9, núm. 2), Covarrubias (*capítulo quamvis pactum*, part. 2, párr. 4, núm. 14) y otros. En efecto, el nudo pacto produce obligación natural, y los hombres están obligados en el fuero de la conciencia a cumplir- 2

los, según hemos visto, por lo que la razón y la salud y bien de las almas exigían que el Derecho canónico concediera acción a los pactos nudos, como efectivamnte lo hace.

. 5 Observa óptimamente Felino (*cap.* 1 *de pactis, núm.* 10), con otros autores, que la acción concedida en Derecho canónico a los pactos nudos sólo tiene lugar en las causas que incumben al tribunal eclesiástico por razón de las personas o de la materia, así como en las causas de los laicos que vivan en el dominio temporal de la Iglesia, sujetos a la jurisdicción del Sumo Pontífice, lo mismo que los demás laicos en todas las causas temporales. Pero en todo caso podrá tener lugar aquella denuncia intermedia entre la fraterna y la judicial, de que tratamos al hablar de la corrección fraterna, y a la que se refiere el *cap. novit, de iudicis,* de lo cual volveremos a hablar en el Tratado quinto. Por dicha vía podrán los prelados obligar al cumplimiento de los nudos pactos, al menos en cuanto sea necesario para evitar el pecado mortal. Así lo afirman Felino (loc. cit.), Bártolo (comentando la Extravagante *ad reprimendum, verb. denunciationem, núm.* 10) y muchos otros.

4 Observan también Felino (*cap.* 1, *de pactis*), el Panormitano y el mismo Felino (*cap. si cautio, de fide instrum.*), con Covarrubias (núm. 14 cit.) y la generalidad de los autores, que para que el Derecho canónico conceda dicha acción para ayudar al cumplimiento de los pactos nudos, será necesaria la expresión de la causa, pues de otro modo el reo no será obligado al cumplimiento, si el demandante no prueba suficientemente dicha causa, de acuerdo con el *cap. si cautio cit.; l. cum de indebito, párr. últ., ff., de probat,* y *l. generaliter, C., de non numeratae pecuniae.* Por ejemplo, aunque existe una escritura según la cual Pedro haya convenido con Antonio que le entregará a éste una cosa en determinado día, como, por ejemplo, un buey o cien escudos, si dicha escritura no expresa la causa por la cual Pedro se obliga, no estará obligado al cumplimiento, si Juan no la prueba suficientemente, o Pedro la reconoce. Mas si la escritura ex-

presa la causa, bastará ello para que Pedro esté obligado al cumplimiento, si no se prueba de un modo plenísimo la falsedad de la causa, pues al que ha confesado en escritura o fuera de ella una causa, incumbe probar su inexistencia.

Veamos un caso. Si aparece una escritura según la cual Pedro se ha obligado a dar a Juan cien escudos el día de San Miguel, si la causa era que Pedro prometía esto a cambio de algunos servicios que Juan debía prestarle y que luego no prestó, Juan deberá probar que existió la causa, pues de otro modo Pedro no estará obligado a pagar. Mas si la escritura expresa que su promesa es en recompensa de unos servicios, o de cualquier otra prestación realizada, estará obligado a pagar, si no prueba suficientemente la falsedad de la causa, como establecen los textos citados.

Obsérvese que es causa suficiente para obligar al pago el título de donación. Por lo que si la escritura dice: Prometo regalar a Juan o darle en concepto de limosna, o de cualquier otro modo gratuito y liberal, cien escudos, un buey o algo semejante, estará obligado a cumplir, lo mismo en el fuero seglar que el eclesiástico; por cuanto el pacto nudo de donación produce hoy obligación civil, incluso por Derecho romano, según la *l. si quis argentum, C., de donat.,* y otros textos, según vimos en la disp. 255, y lo afirman los autores citados.

Y si se objeta que el que promete algo sin expresión de 5
la causa, ha de presumirse que ha querido donar, según la *l. Campanus, ff. de operis libert.,* y, por tanto, cuando en una escritura se establezca una deuda, aunque no se exprese la causa, ha de presumirse la donación, quedando obligado al pago el promitente, a no ser que pruebe lo contrario: responderemos que ello ha de entenderse cuando conste o se pruebe suficientemente que el promitente tenía conciencia en el momento de hacer la promesa de que no había causa alguna para ella, como consta por la ley citada, pues sólo entonces se presumirá la donación. Mas si constare que el promitente creía en la existencia de una causa que, en realidad, no

se daba, o si estamos en la duda de si la promesa se hizo por una causa falsa o que no produjo sus efectos, no podrá ser bastante la presunción de que donó como para que se le obligue a cumplir un pacto nudo (1).

6 Confirman los autores citados su tesis de que cuando la causa no sea expresa, o no se pruebe suficientemente, el Derecho canónico no concede acción a los pactos nudos, según lo cual el demandado sea obligado a cumplir el pacto, basándose en que el Derecho canónico no puede ser más favorable a los pactos nudos que lo es el Derecho civil cuando van revestidos de estipulación. Mas el Derecho civil no concede acción en este caso para obligar al promitente a cumplir su promesa, si no se expresa la causa de ella, sea ésta el título de donación o cualquier otro, como consta por la *l. 2, párrafo circa, ff. de doli excep.*, aunque conste que han tenido lugar la estipulación y la promesa: pues si no se expresó la causa, podrá el promitente oponer la excepción de dolo, por incumplimiento de la causa de la promesa; alegando, por ejemplo, que si prometió dar ciento en tal fecha, fué en devolución de lo que había de recibir en concepto de mutuo, lo cual no tuvo lugar, o cualquier defección análoga de la causa. Y entonces deberá probar el actor que la causa se ha cumplido o que la promesa se hizo a título de donación: y, según dichos autores, análogamente, en Derecho canónico, el pacto nudo no parirá acción si no consta su causa.

7 Mas ha de observarse que en el mutuo, aunque una persona confiese haber recibido dinero, trigo o cualquier otra cosa por dicho concepto, se le concederá, no obstante, excepción, dentro de los dos años siguientes a la fecha de dicha confesión escrita, de que no se le ha entregado efectivamente, sino que hizo esta concesión en la esperanza de la futura entrega de la cosa mutuada. Pues si dicha excepción se alega

(1) En toda esta materia, MOLINA maneja un concepto de causa, que en gran parte es el subjetivo o psicológico: pero no sin cierto matiz de objetividad. Así, cuando dice que la donación es *causa suficiente*, etcétera. Cfr. Estudio Preliminar.

dentro del bienio, el adversario deberá probar que ha entregado el dinero o la cosa, faltando de otro modo la causa. Mas si pasaren los dos años antes de la excepción, será el mismo mutuatario quien deberá probar que no se ha entregado el dinero o la cosa mutuada, debiendo de otro modo ser obligado a su pago. Así consta por la *l. in contractibus, C., de non numerata pecunia*, y otros textos legales, de los cuales trataremos más extensamente al hablar del mutuo.

Asimismo, en materia de dote, aunque el marido confiese 8
haberla recibido, podrá, no obstante, mientras dure el matrimonio, excepcionar que la dote no se le ha entregado, habiendo hecho dicha confesión con la esperanza de su pago, en cuyo caso el que prometió la dote deberá probar su entrega. Mas disuelto el matrimonio, por muerte del otro cónyuge o por la separación, si el matrimonio no ha durado un bienio completo, podrá igualmente el marido excepcionar dentro del año siguiente a la disolución, debiendo asimismo el que prometió la dote probar que la entregó, debiendo de otro modo pagarla. Mas si el matrimonio ha durado más de dos años, pero menos de diez, sólo se podrá excepcionar dentro de los tres meses siguientes a la disolución del matrimonio. Finalmente, si hubiese durado más de diez años, no se concederá dicha excepción, sino que el que haya confesado la dote o sus herederos deberán probar que no ha sido entregada, reconociéndose en caso contrario la causa. Todo ello consta por la *l. últ.* y la Auténtica añadida en el *C., de dote cauta non numerata*.

En general, cuando por cualquier razón exista una deuda, 9
sea de dinero o de cualquier otra cosa, si el acreedor ha hecho una confesión de haber sido pagada, prometiendo por esta razón restituir el instrumento de prueba de dicha deuda, podrán tales acreedores, dentro de los treinta días siguientes a su confesión o promesa del instrumento, excepcionar que confesaron o prometieron por la esperanza de ser pagados o de que se les entregaría la cosa, sin que de hecho así haya ocurrido, debiendo entonces probar el deudor que ha pagado

la deuda, pues de lo contrario deberá pagar otra vez. Pasados los treinta días no se admitirá dicha excepción, sino que al acreedor incumbirá probar que la deuda no se pagó. Así consta por la *l. in contractibus, párr. super caeteris, C., de non numerata pecunia*.

10 Finalmente, observaremos respecto a la segunda parte de esta disputación que hay una importantísima diferencia entre el Derecho civil y el Derecho canónico, cuando decimos que el Derecho civil no concede acción a los pactos nudos, a no ser que sean vestidos por concurrir una causa especial, según vimos en la disp. 255, y cuando afirmamos en esta disputación que para que obligue el nudo pacto es necesaria la expresión de la causa o su prueba. Pues en el primer caso se trata de una causa ejecutada por tradición, que, por tanto, viste el pacto, sacándolo del número de los pactos nudos, mientras que aquí nos referimos a una causa expresa en el mismo pacto, o probada independientemente de él o confesada por el reo, háyase o no ejecutado (1). Por ejemplo, si Pedro pacta con Juan, que le dará ciento en concepto de mutuo, pero no hace la entrega, como quiera que el mutuo incluye una causa onerosa, que es la obligación de Juan de restituir otro tanto, por Derecho canónico se concederá a éste acción contra Pedro para exigir el mutuo, mientras que el Derecho civil le niega acción, por tratarse de un pocto nudo, en el que ninguna de las partes ha hecho tradición ni prestación alguna, cuyo cumplimiento de la causa sería lo que vestiría al pacto.

Si análogamente, Pedro y Juan han convenido por instrumento público, pero sin estipulación, que en tal fecha permutarían un buey por diez ovejas, sin que ninguno de ellos haya celebrado la tradición, por Derecho canónico, cualquiera de ellos tendrá acción contra la otra parte que no cumple, por haberse expresado la causa del pacto, que es para cada

(1) En rigor, se trata aquí de los dos conceptos de causa que establecimos: *causa objetiva (negotium)*, que es la *causa civil* propiamente dicha; y *causa subjetiva* o *motivo apreciable*.

uno la cosa que recibe a cambio (1); mientras que por Derecho civil no se le concederá, por ser un pacto nudo aun no vestido por cumplimiento de la causa, al menos por uno de los contrayentes. Covarrubias aclara la cuestión, que es ya de suyo bastante perspicua, con numerosos ejemplos (*capítulo quamvis pactum*, part. 2, párr. 4, núm. 14), que trata este asunto mucho mejor que Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, capitulo 9, núm. 3) y Padilla (*l. naturalis, párr. et si quidem*, números 18 y 19), y que muchos otros jurisconsultos que no distinguen bien las diferentes acepciones de la *causa jurídica* (2).

Por lo que toca a la tercera cuestión de las propuestas 11
en esta disputa, diremos brevemente que del mismo modo que dijimos que en Derecho canónico se concede acción a los pactos nudos, la tienen también en el fuero secular en el Reino de Castilla, según el Ordenamiento de Alcalá, hoy l. 2, título 16, lib. V de la Nueva Recopilación, cuyas palabras citamos en la disp. 254. Lo cual podemos confirmar, porque si el pacto nudo va reforzado por estipulación, tendrá acción incluso por Derecho civil común, como vimos en la disposición 265, por transformarse no solamente en pacto vestido, sino incluso en contrato nominado. Mas, como consta en la ley citada de Castilla, en dicho Reino, cualesquiera pactos y promesas aceptadas tienen acción lo mismo que si llevaran la forma estipulatoria; luego en dicho Reino los pactos nudos tienen acción, exactamente igual que en Derecho canónico.

En esta doctrina coinciden todos los doctores españoles, y entre otros Gregorio López (l. 3, tít. 6; l. 1, tít. 11, y l. 4, título 4 de la Partida V), Molina (*De primog.*, lib. IV, capítulo 2, núm. 62), Covarrubias (*Var. Resol.*, l. 1, cap. 14,

(1) La causa subjetiva en los contratos bilaterales es, ante todo, el deseo de obtener la prestación de la otra parte; y en esto tienen razón tanto MOLINA como CAPITANT.

(2) Es notorio que la teoría de la causa es un laberinto desde los glosadores, por los distintos sentidos que tiene esta palabra en las fuentes romanas. Quiera Dios que nuestro trabajo contribuya a esclarecerla, para bien del Derecho y de la Justicia.

número 13) y Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap 8, número 5, y cap. 9. núm. 3). Si bien algunos de ellos, y otros que no citamos, no hablen siempre de la manera adecuada, por confundir los distintos sentidos de la casa jurídica.

Por lo demás, todo lo que llevamos dicho quedará más claro por el estudio de la disputación siguiente.



DISPUTACION CCLVIII

HASTA QUÉ PUNTO PUEDEN LAS PARTES DESISTIR DE LOS PACTOS NUDOS Y DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS, SEGÚN EL DERECHO CIVIL, Y SI ELLO TIENE LUGAR EN DERECHO CANÓNICO Y EN EL REINO DE CASTILLA

Sumario:

1.—Cuando el contrato innominado se haya consumado por ambas partes, ninguno de los contratantes puede desistir de él, incluso por Derecho civil común.

2.—Aunque el pacto esté confirmado por estipulación, si uno de los contratantes, por su parte, no quiere cumplirlo, el otro podrá libremente desistir en ambos fueros y repetir lo entregado.

3.—Por Derecho civil y común, si ninguna de las partes ha cumplido su prestación en un contrato innominado, cualquiera de los contratantes puede libremente desistir.

4.—Objeción en contrario.

5.—Se resuelve claramente.

6.—También en Derecho canónico ha de admitirse el desistimiento en los contratos innominados.

7.—Del caso en que la parte que aún no ha cumplido ha incurrido en mora, o tiene el ánimo deliberado de no cumplir en el tiempo oportuno.

8.—No ha lugar al desistimiento en los contratos innominados en Castilla, ni en Derecho canónico, ni en el fuero de la conciencia.

9.—El Sumo Pontífice debe abrogar las leyes civiles que admitan el desistimiento en los contratos innominados

y conceden la repartición de lo rectamente pagado por la otra parte.

10.—No ha lugar al desistimiento en los contratos nominados ni en los equiparados a ellos.

11.—Exceptúanse algunos casos.

12.—Es lícito por Derecho civil, canónico y en el fuero de la conciencia el desistimiento de la promesa antes de su aceptación.

1 En gracia a la claridad, hemos de resolver esta disputación en varias tesis.

Sea la primera. Que cuando en un contrato innominado ambas partes hayan cumplido su obligación, ninguno de los contratantes podrá desistir, incluso por Derecho civil común; antes bien, responderán recíprocamente en caso de evicción, como se deduce de la glosa 1 a la *l. ex placito C., de rerum permut.* Y afirma la opinión común de los autores esta tesis, seguida por Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, número 3). La cual es evidente, pues contra el que cumplió, no puede el otro desistir, como veremos; luego cuando ambos hayan cumplido, ninguno podrá desistir.

2 Tesis segunda. Aunque el pacto esté confirmado por estipulación, si uno de los contratantes no quiere cumplirlo por su parte, el otro podrá libremente desistir de él y rescindirlo, lo mismo en el fuero externo que en el de la conciencia, pudiendo además repetir lo que él hubiera entregado. Así se deduce, por argumento *a contrario*, de la l. 3, tít. 6 de la Partida V, en cuyos comentarios 1 y 2 lo afirma Gregorio López, con otros que él cita, confirmándose asimismo por la *l. 3, párr. quidem erit, vers. sed si tibi, ff. de condict. causa data causa non sequuta*. Puede asimismo probarse, porque en los contratos bilaterales existe la tácita condición de cumplirlos si el otro cumple también: de modo que si uno falta a la buena fe y no cumple el pacto, la otra parte no estará obligada a su cumplimiento y podrá repetir lo pagado.

3 Tesis tercera. Por Derecho civil común, en los contratos

innominados, estando las cosas íntegras por parte de ambos contratantes, por no haber cumplido ninguno de ellos, ambos pueden desistir. Y si solamente uno ha cumplido, éste podrá desistir y repetir lo dado, aunque el otro no haya incurrido en mora ni culpa y esté dispuesto a cumplir por su parte. Mas de parte del que aun no haya cumplido, no ha lugar a desistir, en relación al que cumplió, pues éste tendrá acción contra aquél para obligarle a cumplir, y si no pudiere hacerlo, para que indemnice los daños y perjuicios o restituya lo recibido, según prefiera el que cumplió, todo lo cual tratamos más extensamente en la disp. 255. Pero si el que aun no ha cumplido, ha hecho algunos gastos como preparación al cumplimiento, o sería perjudicado por cualquier otra razón si el otro desistiera, la parte que ha cumplido está obligada, o a no desistir, cumpliendo el contrato, o a indemnizarle de los daños y perjuicios en cuestión. Y creo que lo mismo ha de admitirse si ninguno de los dos ha cumplido, cuando del desistimiento de uno de ellos hubieran de seguirse daños para el otro. Todo lo cual consta por la *l. 3. in princ.*, y, sobre todo, por la *l. si pecuniam, ff. de condict. causa data*, afirmándolo sus glosas y Bártolo, Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 8, núm. 3) y, en general, los autores.

Se objetará que si bien los contratos innominados no 4 producen obligación civil de parte del que cumplió, en relación a la otra parte, al menos existirá una obligación natural, que por Derecho civil permite la compensación de lo que se deba en virtud de ella, y la excepción, como vimos en la disputación anterior; de donde se deduciría que en el fuero secular no se podrá desistir de tales contratos cuando la parte que no ha cumplido esté dispuesta, por su parte, al cumplimiento. En efecto, el que no ha cumplido aún, cuando la otra parte quiera repetir en juicio, basándose en su desistimiento, excepcionará u objetará que se le debía naturalmente, no estando, por tanto, obligado a su restitución.

Observaremos a esta objeción, que las obligaciones natu- 5

rales solamente producen compensación en Derecho civil, y excepción, cuando la obligación sea unilateral, esto es, *no recíproca* de una obligación de la parte contraria; y en el caso propuesto, se trata de una obligación bilateral, pues la parte que cumplió estaba obligada naturalmente lo mismo a dar que a no repetir después de hacerlo. Y como de parte del que cumplió no ha surgido obligación civil alguna en favor de la otra parte que recibió y no cumplió, y por lo mismo que desiste se extingue la obligación civil de la otra parte que aun no ha cumplido, el Derecho civil no ha querido conceder compensación ni excepción a las dos obligaciones naturales que quedan al desistir la parte que cumplió.

6 Por lo que se refiere al Derecho canónico, sobre si se permite igualmente el desistimiento de los contratos innominados, lo mismo que el Derecho civil, Baldo en varios lugares, y varios otros autores citados por Felino (*cap.* I, *número* 13, *de pactis*) y Gregorio López (l. 3, tít. 6 de la Partida V) afirman que así es. Se apoyan en que así lo establece el Derecho civil, sin que el Derecho canónico ordene lo contrario, siendo así que en el fuero eclesiástico ha de estarse a las disposiciones del Derecho civil, cuando el Derecho canónico no establezca otra cosa. De aquí deduce que si bien por Derecho canónico se concede acción a los nudos pactos, se negará en los contratos innominados la parte que no ha cumplido, contra el que cumplió, obligándole a cumplir el contrato y no desistir de él en modo alguno.

7 A pesar de lo cual, estableceremos la cuarta conclusión siguiente. Si bien cuando el que no ha cumplido todavía se ha constituído en mora o tiene el ánimo deliberado de no cumplir en el tiempo debido, podrá la otra parte disolver el contrato y repetir lo pagado, lo mismo en Derecho canónico que en Derecho civil y en el fuero de la conciencia, de acuerdo con lo que dijimos en la tesis segunda; cuando aun no exista mora, y se halle dispuesto a cumplir por su parte, lo mismo por Derecho canónico que en el fuero de la conciencia, no podrá lícitamente el que cumplió repetir lo pagado

basándose en el desistimiento, y si lo hiciere y efectivamente se le adjudicase en el fuero secular, estará obligado a restituir y a cumplir el contrato; y si no pudiere hacerlo, por haber salido ya la cosa de su poder, deberá indemnizar al otro de los daños y perjuicios causados por su desistimiento del contrato.

Esta tesis ha sido aceptada posteriormente por Baldo (*rub. de rerum permut., C.*), abandonando su primera opinión, aceptándola igualmente Felino y Gregorio López (loc. cit.) y otros. La razón es que, en los contratos innominados, ambas partes tienen una obligación natural, antes incluso de cumplir cualquiera de ellos, por razón de la cual están ambos obligados en el fuero de la conciencia a cumplir el contrato, mientras que el otro no desista ni se constituya en mora, como vimos en la disputación precedente, por lo cual se concede en Derecho canónico acción a los nudos pactos, no admitiéndose el desistimiento ni aun estando las cosas íntegras, como hemos dicho ya. Luego tampoco se permitirá el desistimiento del que cumplió, mientras el otro no se haya constituído en mora y esté dispuesto a cumplir, por cuanto el Derecho canónico no hace excepción alguna, y el Derecho civil admite igualmente el desistimiento cuando están las cosas íntegras, que de parte del que ha cumplido.

Se confirma nuestra tesis, porque si hubiera estipulación, y ninguna de las partes estuviera en mora, ni aun por Derecho civil se admitiría el desistimiento, ni estando las cosas íntegras ni de parte del que haya cumplido, como consta por la *l. ex placito, de rerum permut., C.;* mas el Derecho canónico y el fuero de la conciencia prescinden en absoluto de la solemnidad de la estipulación, concediendo acción a los nudos pactos, lo mismo que si estuvieran confirmados por medio de ella, ya que ésta sólo añade al pacto una cierta forma de interrogación. Luego ni en Derecho canónico ni en el fuero de la conciencia es lícito el desistimiento, cuando ninguno de los contratantes se ha constituído en mora.

Tesis quinta. En el Reino de Castilla no ha lugar al de- 8

sistimiento en los contratos innominados, lo mismo que ocurre en Derecho canónico y en el fuero de la conciencia. Así consta en el Ordenamiento de Alcalá, hoy ley 2, tít. 16, libro V de la Nueva Recopilación. Pues como vimos en la disputación precedente, concede acción a los nudos pactos, imposibilitando, por tanto, el desistimiento. Así lo afirman Gregorio López (en su comentario 3 a la l. 3 del tít. 6 de la Partida V), y Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 8, números 4 y 5 (1).

9 De acuerdo con lo que llevamos dicho, podría y debería el Sumo Pontífice abrogar las leyes civiles que admiten en los contratos innominados el desistimiento, y la repetición de lo ya rectamente pagado. Pues, como se deduce de lo expuesto, favorecen los pecados y multiplican los pleitos en vez de disminuirlos. Por lo que debería abolirse toda esta regulación de los pactos nudos y vestidos y de los contratos innominados y nominados, inventado más sutil que útilmente por el Derecho civil de los paganos, como se hizo en el Reino de Castilla por la ley citada, absolutamente o en gran parte conforme con el Derecho canónico, poniendo de acuerdo el fuero externo con el de la conciencia.

10 Y no dudo que esto serviría para disminuir y no para aumentar los pleitos, liberándose los hombres de lo que hoy es difícil estudio de estas cuestiones, tal como se hallan de oscuras y esparcidas en el Derecho civil (2).

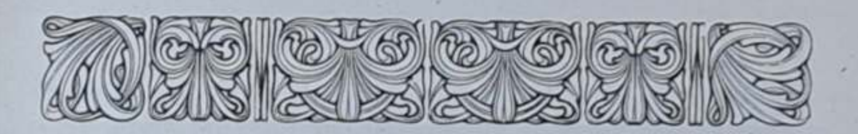
Tesis sexta. En los contratos nominados, y en otros que por privilegio del Derecho civil, o por el vínculo del juramento se equiparan en este punto a aquéllos, como la donación aceptada antes de la tradición, y la promesa de dote, no ha lugar al desistimiento. Así consta por la *l. sicut*, y otros textos legales que cita su glosa, *C., de actionibus et oblig.*; cuyos textos se refieren evidentemente a estos contratos.

(1) Tal es el único supuesto posible en el ordenamiento civil vigente, al perfeccionarse todos los contratos por el simple consentimiento.

(2) Molina tenía alguna razón; pero la culpa era de los malos romanistas, y no del Derecho romano.

Obsérvese, no obstante, que hay algunos contratos no- 11
minados, que por su misma naturaleza incluyen el poder ser rescindidos por uno o por ambos contratantes libremente, aunque el otro se oponga; teniendo entonces lugar el desistimiento, al poder ser rescindidos en absoluto en cuanto a los efectos posteriores, pero conservando vigencia los que hayan producido hasta entonces. Así ocurre con la sociedad, cuando no se haya constituído por un tiempo fijo, pues podrá disolverse cuando quiera alguno de los dos. Asimismo el precario, que es el comodato a beneplácito del concedente; el mandato, el depósito, y algunos otros semejantes, como afirma la glosa citada, y otra a la *l. si pecuniam, ff. causa data*, de acuerdo con varios textos.

Tesis final. En la promesa, antes de su aceptación, es lí- 12
cito el desistimiento por Derecho civil, canónico y en el fuero de la conciencia, como veremos en su lugar. Y lo mismo ocurre en cualquier pacto, cuando con causa razonable se conceda el derecho de revocación, como en las donaciones al concurrir las causas que permiten revocarlas, como veremos también en su lugar.



DISPUTACION CCLIX

DE LOS CONTRATOS DE BUENA FE Y DE ESTRICTO DERECHO Y DE OTRAS DIVISIONES DE LOS CONTRATOS

Sumario:

1.—De los contratos de buena fe y de estricto derecho.

2.—En los contratos de buena fe, el juez puede juzgar según lo equitativo y lo bueno, conforme a su leal saber y entender. Mas en los contratos de estricto derecho sólo puede juzgar según lo que se halle expreso en la convención.

3.—En los contratos de buena fe, siempre se ha de estar dentro de los límites del justo juicio.

4.—La buena fe en los contratos no quiere decir tanto como la epikeya.

5.—Diferencia entre los contratos de buena fe y de estricto derecho.

6.—Cuando el dolo haya dado causa a un contrato de buena fe, por Derecho civil es nulo, a no ser que la parte impulsada por dolo lo ratifique.

7.—En el fuero de la conciencia es nulo todo contrato cuando el dolo haya sido causa, aunque sea de estricto derecho.

8.—Del contrato de matrimonio cuando haya sido causado por dolo.

9.—De otras dos divisiones de los contratos. Item el número 10.

1 Vamos a tratar de otras divisiones de los contratos. Y en primer lugar, se dividen en *contratos de buena fe* y *contratos de estricto derecho*. Y la misma división se hace de las acciones, como consta en la Instituta, *de action.*, *párr. actionum* y los dos siguientes. Dicha división se ve más clara, si consideramos que las acciones unas veces proceden de contrato, otras de cuasi contrato y otras de diversos títulos. Pues las acciones que se llaman de buena fe y proceden de contrato nos servirán para caracterizar a los contratos de buena fe; y los demás contratos, que no paren acciones de buena fe, son de estricto derecho (1).

La Instituta (loc. cit.) considera de buena fe las acciones siguientes: la de compra, la de venta, la de locación, la de conducción, la de gestión de negocios, las de mandato, depósito, sociedad, tutela, comodato, pignoraticia, partición de herencia entre los herederos del difunto (*familiae herciscundae*), de partición de lo indiviso (*communi dividundo*), estimatoria, que es la que surge de la entrega de una cosa estimada para que se restituya en natura o su estimación; y así, si obtienes de ella mayor precio, ganas el incremento. Asimismo es acción de buena fe la de permuta (en sentido estricto, en cuanto se distingue de los otros tres contratos innominados); y la acción de petición de herencia y de exigimiento de dote o de su recuperación una vez disuelto el matrimonio, así como la acción de dote, que hoy se llama estipulatoria, como consta por la Instituta (loc. cit.).

Las demás acciones aquí no enumeradas, así como los contratos y cuasi contratos de que proceden (entre los cuales merece mención especial la estipulación propiamente tal, es decir, cuando no refuerce un contrato de buena fe) se llaman de estricto derecho, como afirma la glosa de Acursio, y otros autores comentando los tres párrafos citados. Así, el

(1) Hoy esta distinción ha desaparecido por completo, en virtud de la evolución lógica de los mismos principios romanos. Podríamos, no obstante, encontrarle un paralelo en los actos *causales* y *abstractos*; éstos tienen cierto carácter *stricti iuris*.

Panormitano y otros, comentando el *cap. cum venerabilis, de exceptionibus*, Covarrubias, (*reg. possessor*, part. 2, párrafo 6, núm. 4 y sig.), Silvestre (*verb. contract.*, q. 2), Alvaro Velasco (*De iure emphyt.*, q. 5, núm. 1), y otros autores que ellos citan.

Entre otras diferencias, conviene establecer las dos si- 2
guientes entre los contratos y las acciones de buena fe, y las de estricto derecho. Primera, que en los primeros tiene el juez facultad para juzgar según lo bueno y lo equitativo, conforme a su leal saber y entender, aunque no haya cláusulas expresas en la convención, mientras que en los segundos no podrá juzgar sino conforme a los términos expresos del contrato, a menos que haya disposiciones especiales respecto a determinado contrato o acción. Así se deduce claramente del *párr. in bonae fidei, I., de actionibus*, afirmándolo los autores en su comentario y en los demás lugares citados.

Por tanto, en el asunto que tratamos, la buena fe se toma, no en el sentido de contraponerla a la mala fe, al dolo, al fraude o a la falacia, ya que esta buena fe ha de existir en todos los contratos, como afirma la *l. bonam fidem, C., de action. et oblig.*; sino que quiere decir equidad o arbitrio judicial, según lo que exija la justicia y la naturaleza del asunto. Por lo que son contratos de buena fe aquellos en que el arbitrio judicial tiene gran libertad dentro de lo que exijan la equidad y la naturaleza del asunto. Y por esta razón, el término contrapuesto son los contratos de estricto derecho, en los cuales el arbitrio pudicial no tiene tanta libertad, por estar obligado a juzgar con arreglo exclusivamente a lo pactado y convenido.

Sobre lo cual haremos dos observaciones. Primera, que 3
así como en el justo precio hay que distinguir el ínfimo, el medio y el riguroso, así también el juicio, ya sea más estricto por ajustarse en absoluto a las convenciones de las partes, como ocurre en los contratos de estricto derecho, ya sea más benigno, por atender más bien a lo que exija la equidad que

el rigor del derecho, como ocurre en los contratos de buena fe, deberá, no obstante, contenerse dentro de los límites de la justicia, que contiene dentro de su ámbito lo justo más benigno y lo justo riguroso.

4 En segundo lugar, diremos que la buena fe o equidad en el arbitrio judicial que tiene lugar en los contratos de buena fe, y no en los contratos de estricto derecho, no es lo mismo que la epikeya, mediante la cual juzgamos qué supuestos de hecho no han de juzgarse comprendidos en las leyes, porque si el legislador hubiera sido interrogado sobre ellos en particular cuando hizo la ley, hubiera respondido que no quería comprenderlos en ella. Pues en los contratos no cabe igualmente excluir los casos que no estuvieran en la mente de los contratantes, a no ser que alguno de ellos haya cometido fraude y dolo, que nunca deben patrocinarse. Pues el juicio que comprendiera dentro de los pactos tales casos se opone a la justicia, por lo que no podrá tener lugar ni aun en los contratos de estricto derecho. Y esto es lo que quiere decir aquel famoso proverbio de que el sumo derecho es la suma injuria. Cicerón pone un ejemplo en el libro primero de los *Oficios*, en aquel general que habiendo pactado con los enemigos una tregua de tres días, les combatía por la noche.

5. De modo que la diferencia entre los contratos de buena fe y los de estricto derecho es que en aquéllos puede el juez extender su juicio a todo lo que exija la equidad entre los contratantes; mientras que en éstos podrá hacerlo mucho menos, debiendo limitarse a las palabras y disposiciones de los contratantes, cuanto lo permite la justicia, por cuya razón se llaman contratos de estricto derecho. El origen de esta división y de las denominaciones de sus miembros las explican Covarrubias y Alvaro Velasco (loc. cit.), refutando la falsa hipótesis de algunos. Véanse sus obras.

Como aquellos primeros contratos han recibido numerosos privilegios, reconocen comúnmente los doctores que ésta fué la causa de su mayor frecuencia y de que sean más necesarios en el tráfico jurídico; constando la cual, no nos interesa demasiado la razón de que los legisladores los hayan denominado de este modo.

La segunda diferencia es que por Derecho civil, cuando 6
el dolo haya dado causa a un contrato de buena fe de tal modo que no se hubiera celebrado dicho contrato de no haberse producido dicho dolo, el contrato será nulo de pleno derecho, si no lo ratifica la parte engañada, ya que la anulación que hace el Derecho es en perjuicio de la parte dolosa.

En cambio, cuando el dolo haya dado causa a un contrato de estricto derecho, éste no será nulo de pleno derecho, sino que podrá rescindirse en virtud de una excepción de la parte que ha sido inducida por dolo a contratar.

Cuando el dolo no haya sido causa del contrato, porque el contrato se hubiera celebrado igual aunque no hubiera intervenido el dolo, y, no obstante, una de las partes ha sido inducida por dolo a dar más o a tomar menos de lo que en otro caso hubiera dado o recibido, será válido el contrato, lo mismo si es de buena fe o de estricto derecho, pero habrá acción para pedir indemnización de daños y perjuicios que haya sufrido cualquiera de los contratantes a causa del dolo. Todo ello consta por la *l. si dolo, C., de resc. vendit; l.* 3, *párr. últ., ff. pro socio*, y *l. dolo vel metu, C., de inutil. stip.*, con sus glosas correspondientes; afirmándolo la glosa y Bártolo en su comentario a la *l. et eleganter, in princ., ff. de dolo;* la glosa a la *l.* 2, *C., de resc. vendit.*; Conrado (*De contractibus, sumario*, q. 57, de 14, 1 y 2); Covarrubias (*reg. possessor*, part. 2, párr. 6, núm. 6); Alvaro Velasco (*De iure emphyt.*, q. 5, núm. 9), y, en general, los autores. Por lo que es de rechazar la opinión de unos pocos, citados por el Panormitano, Covarrubias y Conrado, quienes afirman que incluso cuando el dolo da causa a un contrato de buena fe no será nulo de pleno derecho, sino rescindible por la excepción de dolo, análogamente a los contratos de estricto derecho.

Observaré, siguiendo a Conrado y a Covarrubias (loc ci- 7

tato), y varios otros, que todo contrato, aunque sea de estricto derecho, será nulo en el fuero de la conciencia cuando el dolo le haya dado causa. La razón es que el consentimiento de un contrato causado por dolo, cuando de otro modo no se hubiera celebrado, es insuficiente por la misma naturaleza de las cosas para que resulte una obligación, por no ser lo suficientemente voluntario que para ello se necesite. Por lo que esta segunda diferencia sólo tiene importancia en el fuero externo, en el cual ha querido el Derecho proveer de mayores y más rápidos remedios a los contratos de buena fe que a los de estricto derecho. Mas probablemente convendría que según la misma naturaleza de las cosas se equiparase el fuero externo al de la conciencia en este punto, anulando de pleno derecho a todos los contratos causados por dolo. Véase sobre esto lo que decimos en la disputación 352.

8 Finalmente, observaré que aquí no nos referimos al contrato de matrimonio, que tiene de particular que es válido, aunque haya sido causado por dolo, lo mismo en el fuero de la conciencia que en el fuero externo, no pudiéndose rescindir en virtud de excepción alguna, por su misma naturaleza e indisolubilidad que tiene por Derecho natural. De lo cual trataremos al hablar del matrimonio, añadiendo, no obstante, algo en el decurso de esta obra. Por lo demás, lo dicho sobre el dolo, sea o no causa del contrato, quedará más claro en materia de compraventa, donde también explicaremos lo que es el dolo.

9 Finalmente, hay unos contratos que transmiten el dominio, incluso el directo, como ocurre en la donación, compraventa, permuta, mutuo y otros; en otros se transfiere solamente el dominio útil, como en el feudo y la enfiteusis perpetua o por más de diez años; otros sólo confieren el usufructo, como ocurre con muchos arrendatarios; otros solamente el uso, como el comodato y ciertos arrendamientos, como el de jumentos para un viaje. Y hay otros que no conceden ni aun el uso, como el depósito, la prenda y la hipoteca, pues ni el depositario ni el acreedor pignoraticio pueden usar cosas depositadas o pignoradas, sino solamente custodiarlas o conservarlas en garantía.

También se dividen los contratos, según sean *lucrativos* u *onerosos*. Aquéllos, efectivamente, en que sin causa ni compensación, por mera liberalidad, se concede o promete algo a otro, se llaman lucrativos, como ocurre en la donación, empiece en la promesa o en la tradición; en la aceptilación, en que se remite liberalmente una deuda; en el comodato y el precario, en cuanto al uso que se concede de una cosa, pues el comodatario la recibe con obligación de restituirla y de observar una custodia diligentísima. Otros contratos, en cambio, son onerosos, por cuanto ambas partes adquieren obligaciones, como ocurre en la compra-venta, el arrendamiento y otros. 10



DISPUTACION CCLX

LOS CONTRATOS DEBEN CONSIDERARSE CELEBRADOS DE ACUERDO CON LAS COSTUMBRES Y LEYES DEL LUGAR, Y DE CUÁLES SON LOS QUE NECESITAN EN DERECHO PORTUGUÉS EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

Sumario:

1.—Los contratos se consideran celebrados según las leyes y costumbres del lugar, debiendo ser interpretados con arreglo a ellas.

2.—De las formas de los contratos y distractos en Portugal y en sus Colonias, según su cuantía y valor, necesarias para su validez y probación. Limitaciones en los números 9 a 18.

3.—Los contratos celebrados en otro reino se prueban en Portugal según la forma del Derecho común o la costumbre del reino en que se hayan celebrado.

4.—En la forma de prueba de un contrato, por lo que toca al valor de la cosa a que se refiera, se está en Portugal al valor que tuviera en el momento de la celebración, aunque después haya aumentado.

5.—De lo que ha de establecerse cuando falten los requisitos exigidos por Derecho escrito o consuetudinario para la prueba de un contrato o deuda. Item el número 7.

6.—De si se admite y en qué casos la prueba del perjurio

7.—En el Arzobispado de Evora se permite a los clérigos demandantes ante el juez seglar que presten juramento sin licencia de su Prelado.

1 RESPECTO a los contratos en general, observaremos que todos se consideran celebrados y deben interpretarse según las leyes y la costumbre del lugar en que se hayan otorgado. Así lo prueba la *l. quod si nolit, párr. quia assidua, ff. de aedilitio edicto*, afirmándolo Bártolo (*l. nemo est, ff. de duobus reis*), el Panormitano (*cap. cum Menum, V, de const.*), Silvestre (*verb. contract.*, q. 8), y en general, los autores.

Observaremos, además, que si bien todo lo que lleva-
2 mos dicho sobre la producción de obligación civil y de acción por los contratos, así como sobre la perfección de éstos, etc., tiene vigor en Portugal, mas con la particularidad de que cuando los contratos, distractos o pagos de deudas se refieran a cosas inmuebles, cuyo valor exceda seiscientos reales, o a cosas muebles cuyo valor exceda de treinta mil reales, no se admite la prueba de testigos, ni de escritura privada de los contratantes, aunque esté confirmada por cinco o más testigos; sino solamente por escritura pública hecha ante notario o escribano público, o por el contador del navío, si se otorgare en una nave durante la navegación o mientras permanezca en el mar o un río *de la conquista*, como ellos dicen, o en un lugar o aldea de las Colonias, con tal de que en éstos no haya notario ni escribano público. A la vuelta del navío deberá el contador presentar tales escrituras, otorgadas en la nave o en otro lugar, a algún notario o escribano del puerto de arribada.

Si el contrato se celebrare en otro Reino, se admite en
3 Portugal la prueba de testigos que sea suficiente por Derecho común o por las leyes y costumbres de tal Reino.

Mas cuando un contrato sobre cosas muebles cuyo valor no exceda de treinta mil reales se celebre en Portugal por escritura pública, no se admitirá la prueba por testigos del pago de la deuda procedente de dicho contrato, que habrá de probarse análogamente por escritura pública. Todo ello

consta en las Ordenanzas de Portugal, lib. III, tít. 45, in princ., y párr. 1, 2 y 3.

Obsérvese que si la cosa inmueble sobre que verse el con- 4
trato no llega a valer seiscientos reales en el momento de celebrarse el contrato, o análogamente las cosas muebles no llegaban a los treinta mil reales, aunque después de su celebración sobrepasen este valor, incluso antes del pago, se admitirá la prueba de testigos, o por escritura privada, ya que el valor que entra en consideración es el de las cosas en el momento de celebrarse el contrato, al cual se refiere la ley, y no a los incrementos o decrementos que después sufra accidentalmente.

Cuando una persona carezca de escritura pública, se le 5
permite que pueda demandar al otro contratante o a su deudor por cualquier concepto, obligándose a pasar por su juramento en juicio. Y si el demandado jura que no ha celebrado contrato alguno, o que nada debe, aunque confiese que contrató o que fué deudor, por haber pagado o cualquier otra razón legítima, será inmediatamente absuelto por el juez, siendo condenado el demandante a todos los gastos, si es que el demandado los tuvo que hacer para comparecer en juicio, y a cualesquiera otros daños y perjuicios causados. Mas si el demandado no quisiere jurar, deberá estarse al juramento del demandante, obligándose al reo a pagar lo que haya jurado el demandante que le debía.

Lo cual ha de entenderse cuando lo mismo el demandante que el demandado son, respectivamente, el acreedor y deudor principales, que, por lo tanto, deben conocer la existencia de la deuda. Pues si fuese el heredero u otro causahabiente aquel a quien se reclamase una deuda del difunto o una cosa depositada en manos de éste, bastará que jure que ignora la existencia de tal deuda o cosa, o lo que haya sido de ella, para que se le absuelva, sin que haya de estarse al juramento del demandante. Y si tampoco éste quisiera jurar, se absolvería al demandado. Análogamente, si el heredero o un albacea exigiese a otra persona una deu-

da del difunto, dejándolo al juramento del deudor, éste será absuelto, si jura que nada debe. Mas si no quisiere jurar, se le obligará al pago, sin que el asunto haya de ser jurado por el demandante, ya que sólo el demandado es el que está en condiciones de saber la existencia de la deuda. Todo lo cual tiene lugar igualmente cuando la deuda sea de las que admiten la prueba de testigos o por escritura privada, según lo que llevamos dicho, cuando el demandante carezca también de este modo de prueba; constando expresamente en el título 45 cit., párr. 4 a 9, y tít. 85 y 36, párr. penúlt., del libro IV de las Ordenanzas.

6 Aun cuando el reo haya jurado en falso para ser absuelto, pudiéndose ello probar por testigos o por instrumento público, no se admitirá tal modo de prueba, ni aun para el único efecto de que se le castigue por el perjurio, a no ser que se le haya presentado una escritura privada suya, y él haya jurado que no lo es, pues entonces se admitirá la prueba en contrario, para el único efecto de que se le castigue por el perjurio. Así consta en el tít. 45 cit., párr. 9, y tít. 85, párrafo 3. Y añade el párr. 4 siguiente, que cuando conste por escritura pública que el reo ha jurado en falso, deberá de informarse de ello al Rey, para que decida lo más conveniente, con el fin de cerrar la puerta a los perjurios.

7 Obsérvese que lo dicho tiene igualmente lugar por Derecho común, cuando el demandante carezca de la prueba suficiente de testigos, o de otra que bastare por Derecho común, como consta en la *l. manifestae. ff. de iureiur.*; *l. in bonae fidei. l. de lata y l. generaliter. C., eod. tit.*; *cap. último, eod. tít.*, afirmándolo Maranta (*De ordine iud., part 6, capítulo de iuramento, núm.* 11 y 12).

8 Aun cuando a los clérigos se les prohibe que juren para prestar testimonio o por cualquier otra razón ante los jueces seglares sin licencia de su Prelado, cuando reclamen algo ante su Tribunal, y el asunto se remita al juramento de los mismos, podrán hacerlo sin necesidad de licencia en el Ar-

zobispado de Evora. Así consta en sus Constituciones, título 10, cap. 12.

Por lo demás, en Portugal se exceptúan una serie de casos, en los cuales los contratos, deudas y pagos se pueden probar por medio de testigos, aunque se refieran a bienes inmuebles cuyo valor exceda los seiscientos reales, o muebles que pasen de los treinta mil.

Así, primero, cuando los pactos se hayan celebrado entre 9
padres e hijos, no adoptivos, sino naturales precisamente; o entre el suegro y el yerno o la nuera, durante el matrimonio. En cambio, las promesas de dote y las capitulaciones anteriores al contrato matrimonial necesitan escritura pública para su probación, como declaró posteriormente la l. 2, título 1, part. 6 de las leyes Extravagantes. Asimismo los contratos celebrados entre hermanos, lo mismo si lo son doblemente o por un solo vínculo; y entre primos hermanos, o entre el tío y el sobrino, pueden probarse por medio de testigos, incluso por los sucesores en sus bienes por causa de muerte. Mas si dichos contratos se celebrasen por escritura pública entre tales personas, no se admitirá la prueba de testigos de su rescisión o del pago de las deudas que resulten del contrato, sino sólo igualmente por escritura pública. Todo ello consta en las Ordenanzas, lib. II, tít. 45, párr. 10, 11 y 19, y l. 2, tít. 1, part. 6 de las leyes Extravagantes.

Segundo, cuando se haya constituído una sociedad entre 10
comerciantes para la celebración de algunos contratos, como arrendamientos o compraventas, por medio de escritura pública, podrán probarse por medio de testigos o cualquier otra prueba legítima suficiente por Derecho común cualesquiera dudas que surjan entre ellos o sus herederos acerca de la sociedad o de los asuntos que de ella dependan o con ella se relacionen. Así consta en el tít. 45 cit., párr. 12.

Tercero, el pago de las pensiones de enfiteusis, censo o 11
arrendamiento de una casa o cualquier otra cosa, con tal que no excedan de treinta mil reales (lo cual ha de entenderse de cada una en particular, aunque muchas pensiones reunidas

superen esta cantidad), podrá probarse por medio de testigos, y esto aunque el contrato de que procedan se haya celebrado por escritura pública. Así consta en el tít. cit., párrafo 13.

12 Cuarto, los que en este reino llaman *alvares*, si están escritos y firmados por arzobispos, obispos, abades, *bentos*, fidalgos de solar, *cavaleiros* confirmados por el rey, doctores en Sagrada Teología o en Derecho canónico o civil (que hayan sido examinados en alguna Universidad), o por ministros de justicia *do decembargo*, hacen prueba legítima en dicho reino contra quienes los hayan escrito o firmado. Si son de arzobispos, obispos, infantes, duques, *mestres*, marqueses o condes, bastará que los hayan firmado, con tal que hayan sido escritos por sus secretarios, para que constituyan prueba plena. Así consta en el mismo párr. 14.

13 Quinto. El comodato de vestidos, armas, jumentos, vasos de plata y oro destinados a la comida y a la bebida, y otros muebles, puede probarse por medio de testigos, aunque su valor pase de los treinta mil reales. Así consta ibid., párrafo 15.

14 Sexto. No es necesaria escritura pública para probar el pago de las sisas y demás tributos, ni las compras y ventas celebradas por mediador entre extranjeros y portugueses, o incluso entre portugueses exclusivamente, si se hacen por medio de corredores profesionales. En estos dos casos serán necesarios dos testigos y el mismo corredor. Ni tampoco se necesita escritura pública para probar las cosas que se entregan a los pregoneros para su venta, o las mujeres que en dicho Reino se llaman *adelas*, o las que se entregan a los menestrales para su elaboración. Así consta, ibid., párr. 16, 17 y 18.

15 Séptimo. No es necesaria la escritura pública para probar las deudas procedentes de cuasi contrato, como cuando Pedro deba algo a Pablo, porque éste ha gestionado útilmente algún negocio de aquél, sin haber pacto alguno anterior. Ni tampoco en los arrendamientos de cosas inmuebles por

un año, con tal de que su precio no exceda de treinta mil reales. Así consta ibid., párr. 20 y 21.

Cuando el contrato no se pueda probar del modo que llevamos dicho, por medio de escritura pública, no se admite la prueba de testigos, aunque en el juicio no se pida más que una suma menor, comprendida en la mayor que no se puede reclamar. Así, si una cosa mueble se ha vendido en cuarenta mil reales, no se podrán pedir treinta mil o menos por medio de la prueba de testigos. Así consta loc. cit., párrafo penúltimo. 16

Si se ha celebrado un contrato simulado por medio de escritura pública, v. gr., para ocultar usura, podrá probarse la simulación por medio de testigos. Así consta ibid., párrafo penúltimo. 17

Finalmente, obsérvese sobre todo lo que hemos expuesto referente al Derecho portugués, que en los casos en que dijimos que no se admite más prueba que la escritura pública, es frecuentísimo recurrir al Rey, para que, no obstante dicha disposición, se pueda probar el caso por medio de testigos; y obtenida dicha autorización, se admiten a la prueba. Véase un prolijo estudio de esta cuestión en Alvaro Velasco (*De iure emphyt.*, q. 7). 18



DISPUTACION CCLXI

DE QUIÉNES PUEDEN CELEBRAR CONTRATOS

Sumario:

1.—Los carentes de uso de razón, como el niño, el durmiente, el ebrio, el furioso, el frenético y otros semejantes, no pueden contratar por sí mismos.
2.—Hasta qué punto pueden contratar el menor y el pródigo.
3.—Del hijo de familia púber.
4.—Del hijo de familia, sea mayor o menor, en Derecho de Castilla. Item cualquier menor que esté bajo tutela o curatela, no pueden contratar por sí ni por persona interpuesta, sin autorización del padre, tutor o curador; y cualquier contrato que celebren sin este requisito, aunque se confirme por juramento, será nulo, incluso para los fiadores.
5.—Hasta qué punto pueden contratar los religiosos.
6.—De los contratos de los esclavos, con sus dueños o con extraños.
7.—Del contrato del Príncipe con sus súbditos.

Hemos explicado el contrato en general, a cuyo estudio corresponde que tratemos también de un modo general quiénes pueden celebrarlos. 1

Siendo la contratación un acto humano, es notorio que todos los que carecen del uso de razón no pueden contratar por sí mismos, como ocurre con el niño, el durmiente, el ebrio,

el furioso, el frenético y otros semejantes. Por lo que, para que sea válida la donación que se les haga, deberá ser aceptada por otro en su nombre.

2 Los demás, salvo prohibición del Derecho, pueden contratar. Hasta qué punto puedan hacerlo los menores y los pródigos, lo vimos en la disputación 224 y en la 220.

El hijo de familia, siendo púber, podrá celebrar contratos relativos a los bienes castrenses y cuasi castrenses, por cuanto tiene su libre administración, lo mismo que si fuera absolutamente *sui iuris;* pero no si fuere impúber, todo lo cual expusimos en las disputaciones 230 y 231.

3 Respecto a los bienes adventicios, cuando el padre tenga su administración y usufructo, aunque los doctores convienen en que si el hijo de familia pasa de los veinticinco años será válida su enajenación, hecha con el consentimiento de su padre, e inválida si éste no concurriese, como vimos en la disputación 228 al tratar del cuarto efecto de la patria potestad; dudan, no obstante, si cuando sea púber, pero menor de veinticinco años, será válida la enajenación de sus mismos bienes, hecha con el consentimiento de su padre. Antonio de Gutrio, Imola y muchos otros intérpretes del Derecho canónico (*cap. constitutus, de in integrum rest.*, que es el texto en que se basan) niegan su validez. Pues dicho canon establece que si un padre que tenga algunos bienes comunes con dos de sus hijos menores, y los vendiese, emancipándolos para la validez de este contrato, haciendo que después de la emancipación consintieran en el contrato, de tal modo, que si no fueran emancipados no hubieran salido de la patria potestad, será insuficiente su consentimiento, a pesar de la voluntad y autorización del padre. De la misma opinión es Fabro (*párr. pupillus, I., de inutil. stipulat.*), y algunos otros intérpretes del Derecho romano (*l. últ., párr. fideliis autem, C., de bonis quae liberis*).

Mas, en realidad, dicho texto proporciona un argumento a contrario, de que los hijos de familia pueden enajenar sus bienes adventicios con la voluntad y consentimiento de

su padre, si bien los autores citados responden que ha de entenderse respecto a los hijos de familia mayores de veinticinco años. Podrían igualmente confirmar su opinión por el *párr. pupillus, al final, I., de inutil. stip.*, donde consta que el impúber próximo a la pubertad no puede obligarse ni aun con autorización y consentimiento de su padre, y mucho menor enajenar sus bienes, y no es distinta la condición del púber que se halle bajo la patria potestad antes de cumplir los veinticinco años.

La opinión contraria es afirmada comúnmente por los intérpretes del Derecho romano, principalmente en la *l. últ., párrafo filiis autem cit.;* y así, entre otros, la glosa, Pablo de Castro y el mismo Bártolo, al aprobar la glosa; la cual, sin duda alguna, debe ser abrazada por nosotros, por deducirse claramente de dicho texto que permite a los hijos de familia enajenar sus bienes adventicios con el consentimiento de su padre, e igualmente obligarse en favor de otro. Pues limitar dicho texto únicamente a los hijos de familia mayores de veinticinco años, además de hacerse gratuitamente, se opone evidentemente al texto, que establece lo contrario; por cuanto dice que se prohibe a los hijos de familia enajenar los bienes adventicios cuyo usufructo tenga el padre, sin el consentimiento de éste, para coartar los ímpetus juveniles y evitar después un tardío arrepentimiento, lo cual no puede referirse a los mayores de veinticinco años.

Respecto a los impúberes, que no pueden enajenar cualesquiera de sus bienes sin el consentimiento y autorización de su padre, habla expresamente el *párr. pupillus cit.* Y aun cuando el impúber puede obligarse civilmente, interviniendo la autoridad de su curador, como vimos en su lugar, no puede hacerlo con la autorización paterna, como dice la glosa al *párr. pupillus cit.*, porque el tutor responde al pupilo de su mala administración, cosa que no ocurre con el padre, por la debida reverencia paterna; así, la *l. cum oportet, párrafo non autem, C., de bonis quae liberis*.

Obsérvese, no obstante, que cuando decimos que el hijo

de familia púber puede, con el consentimiento de su padre, enajenar y obligar sus bienes adventicios, ello ha de entenderse con tal de que si son inmuebles, intervenga la autorización judicial, pues, en general, la enajenación o gravamen de los bienes muebles de un menor sin autorización judicial es inválida, como consta por la *l. non solum, l. ob aes alienum,* y otros textos, *C., de praediis minorum,* afirmándolo la opinión común de los autores.

Tampoco podrá el hijo de familia ceder su legítima ni aun con el consentimiento y autorización paterna, por tratarse de derechos peculiares, cuya enajenación es inválida de pleno derecho, según vimos en la disputación 149. Y si el hijo de familia se viera perjudicado notablemente por la enajenación o gravamen de sus bienes hecha con autorización paterna, se le otorgará el beneficio de la restitución por entero.

Respecto al *cap. constitutus,* observaremos que tal vez algunos de los hijos en cuestión fuese impúber, cuyo consentimiento, por tanto, era nulo mientras fuera hijo de familia, aunque interviniera el consentimiento y autorización paternos, siendo emancipado por esta razón, para que siendo ahora su padre tutor y prestando su autorización, fuera válido el contrato, previo el decreto judicial. Y por esta razón, el Sumo Pontífice ordenó en dicho texto que se atienda a si se ha observado o no toda la solemnidad requerida por el Derecho para la validez de aquel contrato; la cual, si no fuere observada, será anulado el contrato; mas si se guardase, se beneficiará a los menores con la restitución por entero.

Diremos, finalmente, que si los hijos eran púberes en el momento del contrato y se les hubiere emancipado por las opiniones que existen sobre si el contrato hecho por un hijo de familia, púber, pero menor, con el consentimiento de su padre, es o no válido, debiendo más fácilmente el juez autorizar tal enajenación de bienes inmuebles, como hemos vis-

to en su lugar; y los bienes que en dicho canon se dicen vendidos por el padre eran inmuebles.

La confirmación, basándose en el *párr. pupillus,* no tiene la menor importancia, ya que se refiere a los hijos impúberes, a los cuales, por la debilidad propia de su edad, no debe permitírseles obligarse ni aun con el consentimiento de su padre.

Así como respecto a los bienes adventicios cuyo usufructo y administración tenga el padre, se concede al hijo la enajenación y administración con autorización paterna, así también se le concede su enajenación y gravamen sin consentimiento expreso del padre, cuando tenga su libre administración, ya por habérsela dejado el padre tiempo antes, ya porque el padre le haya cedido el usufructo y libre administración de tales bienes. Lo mismo ocurriría respecto a los bienes profecticios, si el padre le hubiera encargado su negociación, pues lo mismo se entiende que consiente y le concede administración de tales bienes. Véase respecto a todo esto lo que dijimos en la disputación 228 respecto a los efectos primero y cuarto de la patria potestad, y en las disputaciones 230, 231 y 232, así como lo dicho en la disputación 138 respecto al clérigo hijo de familia.

Obsérvese, además, que si bien las enajenaciones que hagan los hijos de familia fuera de estos casos no son válidas, a no ser con el consentimiento paterno, el hijo de familia púber, en general, estará obligado por los contratos que celebre, aunque el padre no intervenga ni aun con su tácito consentimiento, dándose contra el hijo la acción correspondiente, como consta en el *párr. item inutilis, I., de inutil. stip.; l. filius familias, II, ff. de actionibus et oblig.; l. tam ex contractibus, ff. de iudiciis,* y *l. 1, párr. filium, ff. depositi.* Pero si fuere menor y apareciese lesionado por el contrato, se le concederá el beneficio de la restitución por entero, lo mismo que a los demás menores que estén fuera de la patria potestad, como consta por la *l. 3, párr. sed utrum, ff. de minoribus.* Por lo cual lo que dijimos respecto a los contra-

tos celebrados por púberes que no tengan padre ni curador, en la disputación 224, han de entenderse análogamente respecto a los púberes que estén bajo la patria potestad. Mas en el caso del mutuo prestado a un hijo de familia sin el consentimiento paterno, no se concede acción, como veremos al tratar del mutuo, en virtud del beneficio del S. C. Macedoniano.

4 En el reino de Castilla (l. 22, tít. 11, lib. V de la Nueva Recopilación), está prohibido que el hijo de familia, ya sea mayor, ya menor de edad, y lo mismo cualquier menor sometido a tutela o curatela, comprar cualquier cosa a crédito, por sí o por persona interpuesta sin autorización del padre, tutor o curador, ni vender a crédito; cualquier contrato que celebren sin estas condiciones, aunque sea confirmado por juramento, será nulo e ineficaz, sin que se pueda exigir en ningún tiempo nada ni aun a los fiadores, estableciéndose graves penas para quienes los celebren con juramento. Y como esto se ha establecido para bien común, en justa pena de los vendedores, creo que, en conciencia, nada se deberá por estos contratos, ni aun por los fiadores, pudiendo, lo mismo en conciencia que en el fuero externo, defenderse contra los acreedores, con la excepción de dicha ley, que castiga justamente a los vendedores. Pues el legislador pudo establecerlo justamente en el sentido explicado (1), debiendo creerse que no pretendió otra cosa, pues de lo contrario dicha ley daría ocasión de pecado, lo cual en modo alguno ha de presumirse de un legislador cristiano en caso semejante.

5 Respecto a si los religiosos y hasta qué punto pueden celebrar contratos, lo mismo cuando viven en obediencia, ya estén separados largo tiempo de sus superiores, ya presentes, o si tienen alguna administración concedida por los religiosos, y cuando hayan sido expulsados de su Orden o viven con

(1) He aquí un caso típico de corrección del Derecho natural por el Derecho positivo, por exigirlo el *bien común*. Desaparece incluso la obligación natural, al ser anulado el acto por ministerio de la ley.

dispensa en el siglo, lo hemos tratado ya en la disputación 140.

Del contrato de un esclavo (como en parte vimos en la 6
disputación 140), celebrado lo mismo con los dueños que con otras personas, no surge obligación civil, y, por tanto, no se concede acción ni a su favor ni en contra de ellos en el fuero seglar, ni aun después de que obtengan la libertad. Así consta por la *l. in personam, l. quod attinet, ff. de reg. iuris; l. servi, ff. de action. et oblig.; l. si quod dominio, ff. de condict. indeb.; l. 1 y sig., C., an servus proprio facto*. Exceptúase el caso de que el esclavo haya prometido al dueño una cantidad a cambio de su libertad, pues entonces, al ser manumitido, se da una acción contra él por la donación de la libertad, para que pague al dueño el dinero prometido a cambio, mientras era esclavo. Así consta en la *l. promissae, C., an servus proprio facto*. Análogamente, si hubiera un pacto entre el dueño y el esclavo, de que a cambio de cierto dinero le manumitiría, y el dueño ha recibido, efectivamente, ese dinero, se concede al esclavo acción contra él para que lo liberte, según vimos al final de la disputación 38.

Mas aunque el contrato del esclavo no produce obligación civil, la produce, en cambio, natural, por la cual está obligado, en el fuero de la conciencia, a cumplir el contrato en cuanto pueda, ya mientras sea esclavo, ya después de su libertad; y análogamente, el dueño o cualquier otra persona que haya contratado con él deberá cumplirlo, si el esclavo está dispuesto a hacerlo por su parte, cuando el contrato sea oneroso. Así consta en la *l. quod attinet, ff. de reg. iuris; l. servi, ff. de action. et oblig.*, y *l. naturaliter, l. si quod dominus, ff. dc condict. indeb.*

Y de esta obligación natural procede que si el dueño debía algo al esclavo, y se lo paga después de su manumisión, no podrá repetirlo, por haber pagado lo que debía en virtud de una obligación natural, como consta expresamente en la *l. si quod, ff. de condict. indeb.* Y análogamente que si alguien paga a nombre del esclavo, o él mismo lo hace

después de su manumisión, no podrá repetir; y si el esclavo tuviere fiador, quedará obligado civilmente, quedando gravada la prenda que entregue, lo mismo si se la da otra persona, que si la toma del peculio cuya administración tuviera, como consta en la *l. naturaliter, ff. de condict. indeb.* Véase también lo que dijimos en la disp. 38 cit. y Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. I, núm. 3), y Silvestre (*verb. restitut.*, II, q. 14).

7 Respecto a si cuando el Soberano celebre un contrato con un súbdito quedará o no obligado, están de acuerdo todos los doctores en que sí se obliga. Pero se discute si la obligación es puramente natural, o también civil. La opinión más común afirma que es una obligación natural, que tiene el vigor de cuasi civil; apoyándose en que la obligación civil procede del Derecho civil positivo, del cual está exento el Soberano.

Mas yo creo que debe afirmarse con Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. I, núm. 1), y pocos más que citan él mismo y Padilla (*l. interpositas, núm. 37, C., de transact.*), que también se obliga civilmente. Ya porque el Príncipe, por lo mismo que contrata con un súbdito, se entiende que se sujeta y obliga, de modo que pueda intentarse contra él la acción civil, y ser condenado en su mismo fuero secular, igualmente que el súbdito se obliga por el mismo contrato en su favor: pues de otro modo nadie querría contratar con él. Ya también, porque si bien sus propios funcionarios no pueden coaccionarle y obligarle contra su voluntad al cumplimiento del contrato, si resistiera contra la justicia, sería tirano en esta parte, pudiendo toda la comunidad coercerle y obligarle al cumplimiento de los contratos: con tal que no fueran de temer de esta coacción otros males mucho mayores, pues entonces convendría más soportar dicha tiranía.

Respecto hasta qué punto puede la esposa celebrar contratos sin autorización marital, lo aclararemos más cómodamente en las disp. 285 y 343, y al tratar del contrato de sociedad existente entre los cónyuges.



DISPUTACION CCLXII

LA PROMESA SE DIFERENCIA DEL PROPÓSITO. Y DE LAS DOS CLASES DE PROMESA. Y DE LAS VIRTUDES DE LA VERACIDAD Y FIDELIDAD

Sumario:

1.—Distinción entre el propósito y la promesa.
2.—De si en la duda ha de juzgarse más bien propósito o promesa.
3.—Dos clases de promesa, una de las cuales produce obligación de cumplir por honestidad moral, mas la otra, por justicia.
4.—Del respeto a la fe prometida en las palabras y convenciones; de la constancia y verdad, y de su fundamento en justicia.
5.—Cuando se viola la fe en los pactos y convenciones se cometen dos transgresiones, una de injusticia y otra de infidelidad.
6.—La fe se distingue de la virtud de la veracidad.
7.—De qué modo peca el que al prometer tenía ya el ánimo de no cumplir.
8.—Si lo prometido por honestidad moral no se cumple, se peca sólo venialmente, sin que el promitente pueda ser obligado al cumplimiento; y mucho menos el que haya manifestado un propósito futuro. Item, números 9 y 10.
11.—La promesa por simple honestidad moral, aunque no se confirme por juramento ni estipulación, ni se haga en recompensa de algún servicio, obliga en justicia.

A continuación vamos a tratar de los contratos en particular, comenzando por la donación, que es un contrato lucrativo. Mas como la donación suele comenzar por una promesa, y no se juzga perfecta hasta la tradición, ni tiene hasta dicho momento carácter de contrato nominado, como vimos en la disp. 252 y las dos siguientes, comenzaremos por la promesa gratuita, comprendiendo dentro de ella la que tenga su origen en la gratitud. Pues aun cuando el orden natural hubiera exigido que antes de la promesa externa tratásemos de si la simple promesa interna produce o no obligación, como ello lo haremos más cómodamente si examinamos la fuerza de obligar que tiene la promesa externa antes de su aceptación, procederemos del modo indicado.

1 Ante todo, observaremos que hay una gran diferencia entre el tener el propósito o voluntad deliberada y firme de hacer algo en favor de otro, expresándolo por palabras de futuro, como diciendo: Haré esto, o te daré esto o aquello; y, en cambio, el obligarse voluntariamente por liberalidad a hacer cualquier cosa, expresándolo también por palabras de futuro, por ejemplo: Prometo que haré, o que te daré tal cosa; o que en tal día te daré esto, o que en tu favor haré esto o aquello.

Lo primero no es una promesa propiamente dicha, ni produce obligación alguna de cumplimiento, como es de suyo evidente y consta por el *cap. litteraturam, de voto*, afirmándolo Santo Tomás (2.ª-2.ae, q. 88, art. 1), al distinguir el propósito del voto; esto es, de la promesa hecha a Dios, como requisito anterior al voto; y análogamente Navarro (*Manual*, cap. 12, núm. 26) y comúnmente los doctores.

Mas es de notar que la glosa al *cap. litteraturam cit.* expone aquel texto desacertadamente, como si se refiriera al propósito de entrar en religión, definiendo que no produce obligación alguna, mientras no tenga el carácter de promesa, siendo así que trata exclusivamente del nudo pacto.

Lo segundo es la promesa propiamente dicha, que si es aceptada y concurren las demás circunstancias necesarias, de que luego trataremos, produce siempre obligación.

Cuando las palabras sean ambiguas, y no esté claro si 2
significan únicamente propósito o también promesa, ha de recurrirse al ánimo del manifestante, para saber su intención, sobre todo considerando que en estos actos gratuitos nadie se obliga más que a lo que se quiso obligar.

Ha de observarse, además, que hay promesas que sólo 3
producen la obligación de cumplir lo prometido, por cierta honestidad moral, pero no en justicia; mientras que hay otras que producen además obligación de justicia. Para la mejor inteligencia de esto, obsérvese que así como el comer moderadamente es un acto externo de la virtud moral de la templanza, así también el proferir palabras acordes con la intención es un acto externo de la virtud moral cuyo vicio opuesto es la mentira. Pues la recta razón prescribe que las palabras sean acordes a la mente, y que la voluntad debe imperar los dichos acordes con la intención. Y esta virtud, que reside en la voluntad, es llamada *veracidad* por Aristóteles (Etica, II, cap. 7) y Santo Tomás (inferius, q. 109), tomando el nombre de la virtud de la voluntad, de la verdad del acto que impera. De modo que este término es equívoco, por cuanto se refiere igualmente a la virtud moral que al contenido del acto imperado; y para que exista un acto externo de dicha virtud moral, el manifestante debe estar convencido de su verdad. Santo Tomás es el que propone que esta virtud se llame más bien *veracidad* que *verdad*, como la llaman otros autores.

Pues bien; así como el manifestar palabras conformes a 4
la intención es el acto de una virtud moral, así también lo es el adecuar las acciones a las promesas o pactos celebrados con otro, por exigirlo análogamente la recta razón. Y la virtud que impera estos actos de cumplimiento de los pactos y promesas es la *fe*, como la denomina Cicerón (*De officiis*, I), quien dice que se deriva de *fio* y *dico*, como si

por ella se hace lo que se ha dicho. Y ésta es la primera acepción de este vocablo, entre las muchas que explicamos al principio de la 2.ª 2.ae

Cicerón la define diciendo que "es la constancia y verdad en los dichos y convenciones", haciendo, por tanto, verdaderos los dichos y pactos al cumplirse lo dicho y lo convenido. Añade Cicerón que fe es el fundamento de la justicia. En lo cual ha de observarse que no dice que sea la misma justicia, sino que es la base y fundamento de ella.

5 En efecto, la obligación que procede de la fe, es más amplia que la que procede de la justicia. Pues cuando se comete injusticia por no cumplirse la fe prometida, se cometen dos transgresiones. Una de injusticia, que es de suyo mortal, en cuanto no se devuelva al prójimo lo que se le deba en justicia, como consecuencia del pacto o convención. Otra de infidelidad, de suyo venial, como veremos, por cuanto de un modo indecoroso se incumple lo dicho y lo convenido, haciéndolo falso.

Por tanto, ha de rechazarse la opinión de Cayetano (q. 113, art. 1), cuando afirma que si una persona está obligada por un contrato a cumplir en justicia lo que haya prometido o convenido, la justicia será lo mismo que la virtud de la fe o fidelidad, por la cual se cumplen los dichos y convenios, existiendo solamente una virtud formal de fidelidad cuando la obligación surja puramente de la honestidad moral, en la forma explicada.

A la infidelidad se refiere aquello que dice el Eclesiastés: "Si algo has prometido a Dios, no te demores en cumplirlo, pues Dios aborrece al infiel (es decir, al que no cumple) y las promesas necias".

6 Cayetano (q. 113, art. 1) pone en duda que la virtud explicada de la fidelidad sea distinta en especie de la virtud moral de la verdad o veracidad antes explicada. Cree que son de la misma especie, pues dice que no hay diferencia entre el hábito de decir verdad y el de hacer verdaderas las promesas y convenciones por el cumplimiento. Mas yo creo

que son dos virtudes específicamente distintas. Ya porque es distinto decir la verdad, a lo cual estamos obligados en todas nuestras aserciones, promesas o convenios en el momento de manifestarlos; y otra distinta el cumplir efectivamente lo prometido o convenido con el prójimo; y es así que las especies de virtud moral se distinguen por sus objetos. Ya también porque las obligaciones que proceden de ambas virtudes son de diferente naturaleza. En efecto, la obligación de la fidelidad, de cumplir lo prometido o convenido, haciendo verdadero lo dicho, dice en relación a la persona a quien se prometió o con quien se ha convenido, por cuya razón, si ésta perdona la obligación, el promitente no está obligado a hacer verdadera su promesa o convención. En cambio, la obligación de decir la verdad, o sea 7
de hablar según la mente, lo mismo en las aserciones que en las promesas y convenios, no puede destruirse por la persona con quien hablamos; de modo que si el que promete una cosa tiene el ánimo de no cumplirla, pecará doblemente. En primer lugar, porque miente, diciendo lo contrario de su intención, lo cual es común a las afirmaciones y a las falsas promesas. En segundo lugar, porque tiene el propósito de no cumplir en el futuro su promesa, a lo que está obligado por la virtud de la fidelidad, por cuanto ha tenido el ánimo de prometer, sin que lo impida el propósito conjunto de no cumplir.

Confírmase nuestra opinión, porque, si el que sólo tiene el propósito de dar a Pedro cien, afirma que se los dará, estará ciertamente obligado a decir verdad, esto es, a tener entonces el ánimo de cumplir; pero no estará después obligado a hacer verdadero su dicho, cumpliendo el propósito, porque del simple propósito no nace aquella otra obligación distinta y de otra naturaleza, en favor de otra persona, que resulta de la promesa propiamente dicha.

Cuando el que promete sólo ha pretendido obligarse conforme a la honestidad moral y social, del modo explicado, 8
lo cual ocurrirá en la mayoría de los casos, la infidelidad y

violación de la promesa sin causa razonable, no será de suyo culpa mortal, sino venial, como rectamente afirma Cayetano (q. 113, art. 1). Ni el que prometió puede ser obligado por el poder público al cumplimiento de lo prometido, como dice rectamente el mismo Cayetano (ibid.). Y mucho menos estará nadie obligado a cumplir el simple propósito que haya expresado por palabras de futuro, del modo explicado. Por cuya razón, Cayetano afirmó rectamente (q. 88, art. 1 cit.) que hoy se estiman poco las simples promesas de los hombres, según aquello de que cualquiera puede ser rico en promesas.

9 Obsérvese, no obstante, que si alguno hubiera hecho una promesa que de suyo obligaría solamente por honestidad moral, pero la confirmase por juramento, la persona favorecida adquiriría un verdadero derecho al cumplimiento, concediéndosele acción civil no sólo por el Derecho canónico, sino también por Derecho civil, según lo que dijimos en la disp. 150, y lo que diremos al final de la disputación siguiente.

10 Dijimos que la promesa hecha de acuerdo con la simple honestidad moral no obliga de suyo bajo culpa grave, pues así como la mentira de suyo es solamente culpa venial, y, no obstante, si fuere en perjuicio del prójimo, será culpa mortal cuando el perjuicio causado sea importante; así también, la infidelidad de que tratamos, si fuere notablemente perjudicial para aquel a quien se haya hecho una promesa, será culpa mortal, aunque el promitente no haya pretendido obligarse en justicia. Y así, el que prometiere auxilio a otro en la guerra, de modo que por esta razón el otro no hiciera los debidos preparativos, pecaría mortalmente si mintiese al hacer la promesa, sin ánimo de prestar el socorro, y ello porque dicha mentira sería perniciosa. Y, además, si después de hacer la promesa, aun con ánimo de cumplir, por su culpa no la cumpliese, pecaría mortalmente, pues análogamente su infidelidad sería muy perniciosa para aquel a quien se hubiera hecho la promesa. Dígase lo

mismo si un médico o un abogado prometiera su intervención a aquel cuya vida o bienes peligrasen de no actuar rápidamente, o de aquel a quien se encomendara un secreto de importancia, con obligación de no revelarlo: cuyos ejemplos están tomados todos de Cayetano, q. 113 cit. (1).

Obsérvese, finalmente, respecto a la promesa en que el promitente sólo pretenda obligarse según la honestidad política y social, que como la obligación resultante es en favor de otro, pero no en justicia, sino por la simple honestidad moral, será evidente que la virtud de la fidelidad, que le obliga al cumplimiento de la promesa, es por una parte una virtud próxima a la justicia, por cuanto es en favor de otro y en relación a él, mas por otra no llega a la perfecta naturaleza de la justicia, por cuanto lo que se debe es solamente por honestidad moral.

Cayetano (q. 88, art. 1 y art. 3 ad. 1; q. 113, art. 1), en 11
cuyos lugares trata de la simple promesa, esto es, de la que no se confirma por juramento ni estipulación, ni tiene el carácter de remuneratoria por algún servicio, cree que no puede haber ninguna simple promesa que obligue en justicia, por lo que afirma de un modo absoluto que obligará sólo por honestidad moral y bajo culpa de suyo venial. Por el contrario, Soto (*De iust.*, VII, q. 2., art. 1 ad. 1) afirma contra Cayetano indistintamente que siempre la simple promesa obliga en justicia, por lo que de suyo será siempre culpa grave el no cumplirla.

Nosotros nos inclinamos a una vía media. Pues creemos que es falso que toda simple promesa obligue en justicia y, por tanto, que debe concederse a Cayetano que la promesa que obligue solamente en virtud de honestidad moral y social será más frecuente entre los hombres que la que obligue en justicia. Pero creemos, no obstante, que puede ha-

---

(1) Esta es la teoría del *interés contractual negativo*, tan sugestivamente expuesta por IHERING. La cual es, evidentemente, la razón fundamental de que en muchos casos deba reputarse obligatoria la promesa unilateral, como veíamos en nuestro Estudio Preliminar.

ber simple promesa que obligue en justicia y, por tanto, de suyo, bajo culpa mortal, y cuya transgresión produzca obligación de restituir, no sólo los daños y perjuicios causados, sino también la cosa misma prometida, por cuanto se deba en justicia por el mero hecho de prometerla, concediéndose en el fuero externo acción para reclamar el cumplimiento de tal promesa aceptada.

La primera parte de esta nuestra opinión, en la cual convenimos con Cayetano y disentimos de Soto, es evidente por lo ya dicho. La segunda parte, en la cual convenimos con Soto, se prueba en primer lugar por lo dicho en la disputación 255, que esta promesa aceptada es un pacto nudo al que se concede por privilegio del Derecho que produzca obligación civil, y que tenga acción lo mismo en favor del donatario que de su heredero, contra el que prometió gratuitamente, y sus herederos, de acuerdo con la *l. si quis argentum, párr. últ., C., de donat.; párr. aliae autem, I, eod., tit.*; 1, 4, tít. 4 de la Partida V, y Ordenanzas de Portugal, libro IV, tít. 55, *in princ.*

Además, se confirman ambas partes de nuestra tesis, porque como quiera que la promesa gratuita procede únicamente de la libertad del promitente, es evidente que está en su mano el obligarse solamente por razón de honestidad moral o, por el contrario, constituirse en deudor de la cosa prometida. Y así como la tradición liberal es título suficiente para transmitir el dominio, así también la promesa liberal de una cosa puede ser título suficiente para que se deba en justicia, si el promitente quiso obligarse de este modo. Porque los pactos y los contratos son libres en el momento de otorgarse, pero después de celebrados obligan en justicia, ya por la misma naturaleza de las cosas, ya por la intención del promitente, si el contrato fué absolutamente gratuito y lucrativo. Por consiguiente, cuando una persona haya querido constituirse deudora de otra en virtud de una promesa gratuita, lo mismo que el que hace voto a Dios de castidad, pobreza, obediencia o algo semejante se constituye en deudor de Dios, se entenderá que ha querido obligarse en justicia a favor de dicha persona; mas cuando no haya pretendido imponerse tal gravamen, sólo se juzgará que ha querido obligarse en virtud de honestidad moral. Por tanto, en el fuero de la conciencia se ha de estar en estos actos gratuitos a la intención del promitente, pues de su voluntad es de lo único que dependen los límites de su obligación. Mas en el fuero externo habrá de juzgarse por conjeturas, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes.

Por lo demás, si una persona dijera en escritura pública o documento privado suscrito por él: prometo que daré esto o aquello; o me obligo a pagar tal cosa, se entenderá que quiso obligarse en justicia, y no simplemente por honestidad moral.



DISPUTACION CCLXIII

DE SI LA PROMESA SE PUEDE REVOCAR LIBREMENTE ANTES DE SU ACEPTACIÓN, Y SI ELLO OCURRE POR NATURALEZA O POR DERECHO POSITIVO

Sumario:

1.—En general, la promesa no obliga antes de ser aceptada y transformarse en pacto. Limítase en el núm. 8.
2.—En qué casos se puede libremente revocar la promesa o donación; y de su revocación por la muerte del donante.
3.—En qué casos no expira el mandato por la muerte del mandante.
4.—El simple mandatario se distingue del procurador en que generalmente lo hecho por el mandatario después de revocado es inválido, incluso cuando la revocación sea tácita por muerte del mandante, y el mandatario y la otra parte contratante ignoren la revocación; mientras que lo hecho por el procurador mientras no conste la revocación de su poder, es válido.
5.—Exceptúase el caso del matrimonio.
6.—Limitaciones a la anterior distinción.
7.—De las obligaciones del fámulo o mandatario, en favor de aquel a quien debiera entregar la cosa donada, no haciéndolo, una vez muerto el donante.
9.—Si por Derecho de Castilla surge obligación civil y se concede acción, como consecuencia de la promesa hecha entre particulares, antes de su aceptación, no pudiendo el promitente revocarla.

Estan de acuerdo también la *l. si ego, ff. de neg gest.* y la *l. nec ambigi, C., de donat,* por lo que no ha de aceptarse la opinión de Gregorio López (l. 23, tít. 5 de la Partida III, *ver. muriendo*), donde dice, siguiendo a Bártolo, que si el dinero se hubiera entregado ya al enviado, no expiraría el mandato por la muerte del mandante, sino que el mandatario podrá entregarlo a aquel a quien lo enviaba el difunto; por cuanto se opone a los textos citados y a la opinión común de los autores, a no ser que se refieran a un mandatario de la persona beneficiada, que reciba la cosa en su nombre.

5 Dije que en general el mandato expira por la muerte del mandante, pues ello ha de entenderse con las limitaciones siguientes. Primero, cuando las cosas no estén íntegras, como establece la *l. mandatum,* citada. Además, cuando el mandato sea de cosa que deba ser ejecutada por el mandatario después de la muerte del mandante, no se extinguirá tampoco por la muerte de éste, como dice la glosa a la *l. mandatum* citada, y la *l. si vero, párr. últ., ff. mandati* Finalmente, si el mandato es en favor de obras pías, aun cuando el mandante pueda revocarlo mientras viva, no se considera revocado por el hecho de su muerte, como afirma Covarrubias de acuerdo con la opinión común de los doctores que cita (*Var. Resol.*, I, cap. 14, núm. 16), basándose en la *l. si ego, párr.* 1, *vers. sed benignius,. ff. de iure dotium.* Lo mismo prueba claramente la *l. si pater, in princ., ff. de manumissis vindicta,* según la cual el mandato no expira por la muerte del mandante, en favor de la libertad. Por lo que, si alguno ha dado algo a otra persona para que lo emplee en limosnas o lo invierta en obras pías, tal donación y mandato no se consideran revocados por la muerte del mandante, sino que han de invertirse en los fines a que fueron destinadas.

4 Antonio Gómez (núm. 3 cit.), de acuerdo con la opinión común, que él cita, dice que si una persona fuese nombrada procurador por otro con facultad para donar, y donase

algo, antes de que él y el donatario que aceptase tal donación tuvieran conocimiento de la revocación de dicha facultad, expresa o tácita por muerte del representado, será válida, no obstante tal donación. La razón es que existe la diferencia siguiente entre el mandatario y el procurador: lo hecho por el mero y simple mandatario, generalmente es inválido, después de la revocación del mandato, aunque ocurra tácitamente por muerte del mandante y la ignoren el mismo mandatario y las personas que con él contraten; mientras que lo hecho por el procurador, mientras no conste la revocación de su poder, es válido.

Exceptúase (*cap. últ., de procurat.*, lib. VI) el caso del matrimonio celebrado por procurador, pues en el matrimonio es esencial el consentimiento del contrayente principal, de modo que si en el tiempo en que el procurador haya celebrado el matrimonio, el contrayente había revocado su poder, cambiando de propósito, será inválido tal matrimonio, aunque la revocación sea ignorada por el procurador y el otro contrayente. 5

Que lo hecho por el procurador, mientras se ignora la realización de su poder, es válido, consta en la *l. si mandassem, l. inter causas, ff. mandati; l. vero procurator, in princ.*, y *párr.* 1, *ff. de solutionibus,* con muchos otros textos que pueden verse citados por Antonio Gómez (ibíd.), afirmándolo la glosa al *cap. últ. de procurat., lib. VI.* Obsérvese, no obstante, que cuando lo ejecutado por el simple mandatario no sea una donación, sino un contrato oneroso celebrado con un tercero, o si el mismo mandatario ha sufrido gastos, e incluso en materia de donaciones, aunque el mandato haya sido revocado por muerte del mandante con cualquier otra razón, tendrá siempre el mandatario, si la ignoraba al ejecutar estos actos, la acción de mandato, para que se le indemnice de todos los daños y perjuicios, y se le paguen los gastos, como consta en el *párrafo recte quoque, l. mandati,* y estudiaremos al final de la disp. 552. Por lo que es muy escasa la diferencia, si pres- 6

cindimos de la validez de las donaciones, entre el procurador y el simple mandatario.

7 Creo que, de acuerdo con lo que llevamos dicho, podremos afirmar que si una persona ha dado a un sirviente o a cualquier otro una cosa para que la regale a otra persona, y el mandatario la usurpa injustamente, o retrasa injustamente la tradición de la cosa o la manifestación de la donación al donatario, para que pueda aceptarla, y aconteciere que entre tanto muriese el donante, estaría obligado dicho sirviente o internuncio, a restituir el doble del valor de la cosa cuando la donación no sea en favor de obras pías. El tanto del valor, efectivamente, a los herederos del donante, por cuanto el mandato no se ha cumplido, expirando a la muerte del mandante, perteneciendo, por tanto, la cosa misma o su valor, no ya al donatario, sino a los herederos del donante, según lo que llevamos dicho. Y otro tanto al donatario, a quien aquella usurpación o detención injusta ha privado de aquel beneficio, que de otro modo hubiera conseguido. Y ha de considerarse que este caso es relativamente frecuente en las confesiones, y nadie lo ha explicado. Yo, ciertamente, aconsejaría a los Príncipes cristianos que diesen una ley estableciendo que en las donaciones el mandato no expirase por la muerte del mandante. Porque la equidad exige que la voluntad del difunto, que ordenó su ejecución, y en la cual perseveró hasta la muerte, ordenando que se cumpliera en cuanto estuvo de su parte, se cumpla efectivamente, sin que lo impidan las sutilezas del Derecho civil. Pero mientras las leyes civiles citadas no sean revocadas en este punto, ha de estarse a su disposición, por cuanto no hay duda de que pudieron invalidar la voluntad y el mandato del difunto, impidiendo dicha donación, aunque lo contrario hubiera sido más razonable, y aun cuando si no existieran dichas leyes debería establecerse lo contrario, atendiendo únicamente al Derecho natural (1).

---

(1) Vale la pena de insistir en esta primacía que MOLINA otorga constantemente al Derecho sobre la autonomía de la voluntad.

Al principio de esta disputación hemos dicho que la 8
promesa, mientras no sea aceptada, *generalmente* no producirá obligación civil, ni parirá acción; porque algunas veces ocurre lo contrario. Así, cuando se haga a una ciudad para preparar los desperfectos causados por un incendio, terremoto u otra ruina semejante, de acuerdo con la *l. pactum, l. propter incendium*, y *l. ob casum, ff. de pollicitat.* Asimismo, cuando se haya hecho por gratitud a un honor concedido al promitente por la ciudad o por el Estado. Item, cuando se ha prometido una obra a una ciudad y se ha empezado su realización, estará obligado el promitente a terminarla. Item, si alguien ha prometido una cosa a una ciudad, y la ha entregado a sus munícipes, aunque no haya sido aceptada aún por la ciudad, no se le concederá su revocación y repetición, antes bien, si la arrebatase y recobrara su posesión, la ciudad podrá repetirla (*l. pactum*, y *l.* 1, *ff. de pollicit.*); siendo así que cuando un particular entrega a otro una cosa, que destina para regalársela a un tercero que aun no la haya aceptado, podrá libremente repetirla al primero y revocar la donación, como consta por la *l. absenti, ff. de donat.*, y *l. si ego, ff. de neg. gest.* Están de acuerdo con todo esto la glosa al *cap. scimus, verb. pollicitationem, XII, q.* 1, Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, part. 2, párr. 4, núm. 15) y Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 9, núm. 1), quien dice que ésta es la opinión común.

Respecto a si por Derecho de Castilla la promesa he- 9
cha a particulares, aun antes de su aceptación, produce obligación civil y acción, sin que se pueda libremente revocar y anular por el promitente, existe unanimidad entre los autores castellanos, por la l. 3, tít. 8, lib. 3 del Ordenamiento de Montalvo, hoy l. 2, tít. 16, lib. V de la Nueva Recopilación, cuyas palabras citamos en la disp. 285. Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 3 y cap. 9, núm. 3), así como en el cap. 11, núm. 18), abraza la opinión afirmativa, basándose en dicha ley, que lo dispone abiertamente. En

lo cual (dice en el cap. 4 cit.), el Derecho de Castilla excede, no sólo al Derecho civil, sino también al Derecho canónico, que no concede acción a la nuda promesa. La misma opinión sostienen Rodrigo Suárez, Diego Pérez y Dueñas, citados por Molina (*De primog.*, lib. IV, cap. 2, número 59).

Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, part. 2, párr. 4, número 15, si bien en este lugar no parece muy firme; y en *Var. Resol.*, cap. 14, núm. 13) opina que si bien por Derecho de Castilla la promesa hecha a un ausente es válida hasta el punto de que si cualquier persona presente la acepta a nombre del ausente, o este mismo la aceptase posteriormente, quedará firme; no obstante, a pesar de la ley de Castilla citada, podrá el promitente revocarla y anularla, mientras que no sea aceptada por el donatario u otra persona en su lugar, lo cual es ya costumbre admitida entre los jueces: ya que dicha ley no ha pretendido revocar el Derecho común, en el sentido de que la donación no puede ser revocada por el donante mientras no sea aceptada. De la misma opinión es Gregorio López (l. 4, tít. 4, glosa 1.ª, y l. 1, tít. 1 de la Partida V). Añade, no obstante, que si por las palabras de la donación constase que el donante ha querido obligarse, o que ha prometido no revocar la donación, o también si la ha confirmado por juramento, será irrevocable, en virtud de aquella ley de Castilla, incluso antes de la aceptación. Y análogamente dice en la l. 1, tít. 11, cuando la escritura diga que el donante se obliga a entregar esto o aquello. La misma opinión es abrazada por Molina (*De primog.*, lib. IV, cap. 2, núm. 6) y Avendaño.

Dichos autores la prueban, basándose en que dicha ley se refiere solamente a las estipulaciones y contratos, no debiendo extenderse a la donación, que no es propiamente un contrato. Mas, prescindiendo de otras objeciones que pudiéramos hacer, consta que aquella ley se refiere también a la nuda promesa. Dice, efectivamente, como vimos en la disputación 155: "Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por contrato, etc.": donde menciona la promesa, además del contrato, añadiendo, además, de un modo general: "o en otra manera".

En segundo lugar, alegan que la ley dice: "Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro"; mas el que dona no pretende obligarse hasta que el donatario se entere y acepte la donación, de acuerdo con varios textos que cita Molina.

Puede responderse que ello tal vez sea verdad cuando la donación comience en la tradición por medio de un enviado, cuando el donante envíe o mande entregar algo al donatario sin ninguna promesa anterior, pero no cuando empiece por una promesa, por cuanto la promesa supone obligación: pues si en Derecho común la obligación depende de la aceptación, es como de una condición, sin la cual hubiera surgido igual, a no ser por la citada disposición del Derecho civil. Pues promesa, por su misma naturaleza, significa obligación, y tiene el efecto de engendrar obligación. Además, aun cuando lo que afirma Molina sería verdad atendiendo al Derecho común, que no admite obligación en la promesa mientras no sea aceptada, por cuanto los hombres nunca pretenden obligarse más que según el Derecho y las costumbres del lugar, no será verdad, en cambio, supuesta dicha ley de Castilla, que restituye toda su fuerza de obligar a la promesa, lo mismo que ha derogado en muchas otras cuestiones el Derecho civil. Por tanto, a pesar de las razones que cita Molina, han de admitirse, sin duda alguna, las limitaciones puestas por Gregorio López a su opinión.

En tercer lugar, aunque digamos que la ley en cuestión ha remitido la solemnidad de la estipulación, y ha reducido el asunto a la equidad canónica, concediendo acción a los nudos pactos, dicen los autores citados que no se podrá afirmar que dicha ley haya excluído la aceptación, que es necesaria por Derecho canónico, pudiendo, por tanto, el do-

nante revocarla libremente, mientras no tenga lugar dicho acto.

Responderemos que como el Derecho canónico nada ha establecido en contrario, más que la necesidad de la aceptación en el fuero eclesiástico, fuera de éste deberá estarse a la disposición del Derecho civil, como diremos en breve; y es notorio que la ley de Castilla ha corregido en dicha parte el Derecho común, por cuya razón será válida en dicho Reino cualquier promesa, aunque no lo sea por Derecho civil ni canónico, lo cual reconoce el mismo Gregorio López en varias limitaciones que pone a su tesis.

Otros dos argumentos que pone Molina no tienen la menor fuerza, por cuya razón ni los refiero ni los refuto.

Por lo que a mi toca, aun cuando en otro tiempo me incliné a la opinión de Covarrubias, hoy me inclino más bien a la opinión contraria, y ello aun cuando la promesa, sea escrita o verbal, no esté confirmada por juramento ni por promesa de no revocarla. Me apoyo en la terminante disposición de la ley citada, que cada vez que hace mención del contrato añade: *o obligación*, comprendiendo también la que surja de estas promesas o de cualquier otra fuente, pues a todas, como vimos, se refiere dicha ley en su principio. Y lo que dice Covarrubias de la práctica judicial, los demás no lo afirman, antes bien lo discuten como asunto dudoso en los juicios, lo mismo Covarrubias que los demás. Y por lo menos no puede decirse que sea opinión tan firme y recibida que no se pueda lícitamente sostener la contraria. Y añádase que con razón se puede censurar a los jurisconsultos que tratan de reducir los derechos particulares de sus Reinos, a pesar de ser más justos, a las disposiciones del Derecho común.

10 Plantéase la duda de si en Derecho canónico tiene opción la promesa antes de ser aceptada. El Panormitano (cap. *qualiter, de pactis*) cree que sí, basándose en las palabras de dicho canon, donde se dice: “Laboriosamente ha de procurarse que las promesas se cumplan”. De la misma opinión es Fortunio (*l.* 1, *de pactis*), confirmándola por el *cap. si tibi absenti* (*De praeb., lib. VI*), donde consta que la colación de un beneficio, hecha estando el Obispo ausente, es válida, aun cuando no la haya aceptado ni tenga siquiera conocimiento de ello, sin que pueda después revocarla ni conceder el beneficio a otro mientras el poseedor no lo repudie. Y aun cuando lo haga, si antes de que el Obispo conceda a otro el beneficio, desiste de su repudiación y acepta lo colación, pertenecerá a él el beneficio y no al otro que haga después la colación.

La opinión contraria, o sea que la promesa no aceptada carece de acción en Derecho canónico, es la afirmada por el mismo Panormitano, contradiciéndose a sí propio (*cap. cum inter universus, de elect., núm. últ.*), Felino (*cap.* 1, *de pactis, núm.* 7 *y sig.*) y la opinión común de los doctores, citados y seguidos por Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, parte 2, párr. 4, núm. 16), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, capítulo 9, núm. 1) y Molina (*De primog.*, IV, cap. 2, núm. 62).

Conviene que al mismo tiempo estudiemos si la promesa, 11
antes de su aceptación, produce o no obligación natural, de modo que el promitente esté obligado en el fuero de la conciencia a cumplir la promesa, sin que pueda lícitamente revocarla. En efecto, de la solución de esta duda depende en gran parte lo que digamos respecto a la cuestión anterior, por cuanto el Panormitano y Felino (loc. cit.) creen que el promitente no puede revocar su promesa en el fuero de la conciencia. Afirman lo contrario Bártolo (*l.* 1, *si unus, párr. pactus, núm.* 16, *ff. de pactis*), con la glosa correspondiente, Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, part. 2, párr. 4, núm. 15) y Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 9, núm. 1); es decir, que la promesa no produce obligación natural (perfecta, entiéndase), sino que puede el promitente revocarla con tranquilidad de conciencia, mientras no sea aceptada. Y esta opinión nos satisface, deduciéndose de ella, sin duda alguna, que el Derecho canónico no concede acción a la promesa mientras no sea aceptada, como afirma la opinión más común entre los autores.

La razón de ambas conclusiones es que, como quiera que el Derecho civil se ha establecido para bien de la comunidad, pudiendo perfectamente, para destruir escrúpulos y disminuir el número de pleitos, establecer que la promesa y la donación, mientras no sean aceptadas, carezcan de toda fuerza de obligar al donante, pudiendo libremente en absoluto revocar la promesa o donación, lo cual establecen abiertamente los textos anteriormente citados, y como el Derecho canónico nada ha establecido en contrario [teniendo vigor las leyes civiles en el fuero eclesiástico, cuando el Derecho canónico nada ha establecido en contra] [como consta por el *cap.* I, *de novi operis nunciatione* y otros textos legales], se deduce que en Derecho canónico ni tiene acción la promesa ni surge obligación natural de las promesas o donaciones mientras no sean aceptadas, sino que el donante puede revocarlas libremente.

Al *cap. qualiter, de pactis*, en que se apoya el Panormitano, observaremos que se refiere a la promesa aceptada, lo cual aparece más claro en el lib. VIII de las Epístolas de San Gregorio, Ep. 38, de donde se ha tomado dicho canon.

Por lo que toca al *cap. si tibi absenti*, observaremos, con Covarrubias (loc. cit.), que la colación de un beneficio no es una donación, sino la ejecución de ésta, la cual está obligado a hacer el Obispo por razón de su cargo, teniendo instantáneamente vigor por disposición del Derecho canónico, sin que el Obispo pueda revocarla. Mas, si bien el Derecho canónico ha establecido razonablemente lo expresado respecto a las colaciones, análogamente, en virtud de alguna causa razonable, hubiera podido establecer lo contrario, o sea que cuando el Obispo haya conferido libremente el beneficio, pudiera, mientras la colación no haya sido aceptada, revocarla, concediendo el beneficio a otra persona que le pareciese más digna y más apta, a pesar de que el beneficio no es un bien del Obispo, sino de la Iglesia y de que el Obispo, en las colaciones, sea simplemente un ministro y dispensador.

Plantéase la duda de si el que la promesa, antes de su 12
aceptación, no produzca obligación natural, pudiendo libremente revocarla el promitente, procede únicamente de la naturaleza de las cosas, por cuanto la promesa, atendiendo solamente al Derecho natural, y prescindiendo de todo Derecho positivo, no tiene de suyo más fuerza de obligar; o si, por el contrario, procede del Derecho positivo, que por las razones poco antes explicadas lo ha establecido para el bien común, concediendo la libre revocación al promitente, cuando no haya sido interrogado el donatario sobre si quiere o no aceptar.

Son pocos los autores que tratan de este punto, porque no tiene mayor importancia en la práctica. Soto (*De iust.*, III, q. 5, art. 3), tratando de la donación hecha de palabra a un ausente, antes de ser conocida y aceptada, objeta primeramente que obligará antes de la aceptación; pero añade: "Se responde, no obstante, que como la donación indica cierta relación con el donatario, no surgirá obligación mientras éste no la acepte, y por ello creo que podrá revocarse, incluso sin justa causa. Mas si la donación se hace solemnemente ante testigos, deberá estarse al Derecho civil. Pero yo creo que sin consentimiento del donatario o causa legítima, el Derecho no permitirá la revocación, ni tampoco la buena conciencia." Hasta aquí, Soto. Donde ves que con mucho temor opina que la promesa y donación no producen obligación antes de ser aceptadas, pudiendo, por tanto, ser revocadas. Y creemos que se refiere a la misma naturaleza de la donación y de la promesa no aceptada, por cuanto se apoya en que la donación supone cierta relación con el donatario.

Además, para que la donación sea perfecta y se transforme en contrato nominado, son necesarios no sólo un aceptante, sino también que esta persona reciba efectivamente la cosa, como vimos en la disp. 254; pero ello no supone propiamente una relación con esta persona más que según el modo de decir, como la llaman los lógicos. Análogamente,

si bien la promesa, para que tenga el carácter de pacto, necesita la aceptación de la persona favorecida, no necesita relación con ella más que según el modo de decir; pero sea o no aceptada la promesa o la donación, siempre habrá una relación (según el modo de decir) con la persona favorecida. Porque la promesa no aceptada se hace a alguien, y análogamente la donación no aceptada, lo mismo que las que son aceptadas. Además, ello tiene poca importancia en el asunto que tratamos; es decir, si el promitente o el que dona en su intención y en sus palabras, está o no obligado por su promesa, según la misma naturaleza de las cosas, a la entrega de la cosa, si el donatario quiere aceptarla; estando por esta razón obligado a comunicarle la promesa o donación hecha de este modo, para ver si quiere o no aceptarla. Creemos también que Soto se contradice en parte, pues el hecho de que la donación se haga ante testigos a un ausente, no suple la falta de una persona que acepte o reciba, por lo cual, si la razón expuesta en las primeras palabras tuviera algún valor, aunque la donación se hiciera ante testigos, podría ser revocada antes de que el ausente la conociera y aceptare. Y si se refiere al Derecho común, consta, por lo que llevamos dicho, que los testigos en modo alguno impiden que el promitente o el que en dicha forma done a un ausente, pueda revocar libremente su donación. Y si se refiere al Derecho de Castilla, de acuerdo con la l. 3 cit y la opinión de Antonio Gómez y los demás que antes citamos, es notorio que los testigos sólo sirven para la prueba, pudiendo obligarse al cumplimiento de la promesa o donación, aunque no haya testigos, si una persona confiesa que la ha hecho con ánimo de obligarse. De modo que se derrumban los fundamentos y la doctrina de Soto.

En cambio, que la promesa, antes de ser aceptada, no produzca obligación natural, procede únicamente del Derecho positivo y no de la misma naturaleza de la promesa, lo afirma en primer lugar Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, part. 2, párr. 4, núm. 16 al final); y también el Panormitano y Felino cuando, como vimos anteriormente, afirman que, a pesar de las disposiciones del Derecho civil, la promesa produce obligación natural, incluso antes de ser aceptada: y mucho más Fortunio, que afirma que el Derecho canónico le concede acción. Son de la misma opinión los que creen que la simple promesa interna produce obligación natural en el fuero de la conciencia, a los cuales citaremos en la disp. 265, por lo que con mucha mayor razón lo afirmarán de la promesa que se haya expresado por palabras externas.

Nos persuade de esta sentencia, en primer lugar, lo que expusimos antes; es decir, que por Derecho civil se concede acción a la promesa hecha a una ciudad o al Estado, aunque no haya sido aceptada. Pues si dicha promesa no tuviere fuerza de obligar, atendiendo únicamente a su naturaleza, ciertamente que nunca el Derecho civil se la hubiera concedido, por encima de su naturaleza y vigor. Pues si bien el Derecho algunas veces, para el bien común, ha quitado la fuerza de obligar que por su naturaleza tienen algunos actos y contratos, como, por ejemplo, en la enajenación hecha por menores, o por las Iglesias sin las solemnidades requeridas, en la enajenación del fundo dotal, en las donaciones hechas sin insinuación más allá de cierta suma y en muchos otros casos; en cambio, no acostumbra a dar fuerza de enajenación a actos que no la tengan por naturaleza, particularmente cuando la enajenación es meramente gratuita, como ocurre con la que ahora estudiamos. Pues no sería justo que el Estado me privase de mis bienes por actos puramente gratuitos, efectuados por mí, dándoles un valor superior al suyo natural, para que de este modo mi dominio o derecho pase de mi patrimonio a otros. Y probablemente no podría hacerlo, sobre todo no habiendo causa razonable para ello.

Segundo, a ello nos persuade la l. 3 citada de Castilla, que estableció la validez de muchas promesas sin necesidad de aceptación, lo cual no niegan ni aun Gregorio López y

Covarrubias, cuando conste por la misma promesa que el promitente ha querido obligarse sin aceptación. Ni puede decirse que dicha ley ha querido dar tal vigor a las promesas por encima de su naturaleza, ni probablemente hubiera podido hacerlo, como acabamos de decir.

Tercero, nos persuade de lo mismo que los que opinan que la promesa externa no tiene por naturaleza fuerza de obligar antes de su aceptación, se apoyan en que no tiene aún el carácter de pacto, no pudiendo, por tanto, tener fuerza de obligar. Mas este argumento se refuta fácilmente, pues cuando la promesa sea aceptada por una persona que no haya sido delegada para ello por el donatario, no tendrá tampoco el carácter de pacto mientras no acceda al consentimiento y aceptación del donatario; y, no obstante, si la promesa ha sido aceptada por un notario público, por un hijo o esclavo del donatario, etc., sin su conocimiento ni autorización, se entiende que por Derecho civil comienza la obligación del promitente, dependiente de la aceptación y consentimiento futuros del donatario; de modo que el promitente no podrá revocar la promesa hasta que el donatario pueda ser interrogado sobre si acepta o no, como veremos en la disp. siguiente. Luego el que la promesa externa no tenga carácter de pacto mientras no sea aceptada, no impide que por su naturaleza tenga fuerza de obligar.

Cuarto, lo prueba también el argumento que emplea Covarrubias en el lugar citado. O sea, que en las promesas gratuitas aceptadas, la obligación del promitente no surge por la misma naturaleza de las cosas *de la aceptación*, sino *de la misma promesa*, por cuanto el donante, movido de su liberalidad, o de una obligación correlativa del donatario, quiere prometer y obligarse en favor de éste, por lo cual [si prescindimos del Derecho positivo, que para el bien común introdujo la condición de la aceptación, sin la cual regularmente no admite la obligación del promitente], si atendemos únicamente al Derecho natural, obligará la misma promesa gratuita. Y así como el Derecho positivo introdujo la aceptación del donatario como condición sin la cual no puede obligar la promesa, así también pudo remitir dicha condición en algunos casos, como en las promesas hechas a una ciudad, relajándola en parte en otros casos, v. gr., en el sentido de que baste la aceptación de un notario público o de otras personas, como veremos en la disp. siguiente. Del mismo modo ha podido el Derecho de Castilla aflojar aún más las riendas en el sentido de que no sea necesaria ninguna aceptación cuando conste que el promitente ha querido obligarse. Pero siempre la promesa y la donación dependen de la aceptación del donatario, en el sentido de que si él no acepta, la obligación que surgía por la misma naturaleza se extingue; así también, después de aceptadas la donación o la promesa, se extingue la obligación contraída, siempre que el donatario perdone la deuda. Pero lo que nosotros pretendemos es que la promesa misma, por su naturaleza y prescindiendo del Derecho positivo, que ha establecido otra cosa, tiene fuerza de obligar antes de su aceptación, de modo que el promitente está obligado a manifestar la donación al donatario, para que si quiere aceptarla la cumpla, a todo lo cual está obligado antes de la aceptación.

Ha de advertirse aquí la importante distinción que hace 15
Soto [loc. cit., y otros] entre la promesa gratuita y la no gratuita, o recíproca, que ha de incluirse entre los contratos. Porque la promesa recíproca del precio en la compraventa o de contraer matrimonio en los esponsales obliga a ambas partes por su misma naturaleza condicional, y, de acuerdo con ella, la obligación de cada uno depende del cumplimiento de la del otro, pudiendo entre tanto desistir libremente; mientras que la promesa gratuita es absoluta y, por tanto, obliga inmediatamente de parte del que promete, sin que sea necesaria la aceptación por la naturaleza de las cosas, sino para que se sepa que el donatario quiere que subsista la obligación del promitente, que ya estaba obligado por la fuerza única de su promesa espontánea y gratuita.

14 No han faltado en nuestros tiempos autores que para sostener que la promesa antes de la aceptación no obliga en modo alguno por la misma naturaleza de las cosas, han distinguido tres clases de aceptación. Una, cuando haya aceptado el mismo donatario. Otra, cuando acepte otra persona en su nombre y lugar. Y la tercera, cuando no acepte ninguna persona en particular, sino que lo hace el Príncipe o el legislador, por lo mismo que establece en una ley que cualquier promesa sin necesidad de aceptación tenga fuerza de obligar. Pero es imaginario el afirmar que los legisladores hayan creído que la promesa no tiene por su misma naturaleza fuerza de obligar, aun sin la aceptación, y que cuando establecieron que las promesas deban obligar sin aceptación, hayan pretendido aceptarlas por ley en lugar del donatario, dándoles de este modo fuerza de obligar. Pues ni los textos legales, ni doctor, ni teólogo, ni jurisperito alguno han dicho jamás semejante cosa. Además, quienes afirman que la promesa no tiene por naturaleza fuerza de obligar si se prescinde de la aceptación, se apoyan en que si no hay aceptación no existe pacto; mas es evidente que el hecho de que la ley establezca que obliguen sin aceptación, no les da el carácter de pacto mientras no sean aceptadas por el mismo donatario, por lo que es fabuloso recurrir a aquellas tres clases de aceptación para defender su tesis.

15 Finalmente, observaré que es muy distinto prometer algo a una persona o, por el contrario, establecer lo siguiente, declarándolo con palabras externas: dono tal cosa a Pedro, y con voluntad de donar, enviársela a Pedro u ordenar que se le entregue. Pues las dos primeras cosas indican donación, mientras que la tercera sólo denota propósito y voluntad de donar, unidos a la orden de su ejecución. Por lo que en este último caso, por la misma naturaleza de las cosas y prescindiendo de las disposiciones del Derecho civil común, es evidente que el donante puede libremente revocar la donación antes de que dicha cosa sea entregada a Pedro, por cuanto aún no se ha obligado a hacer tal cosa, sino

que todo depende de su propia voluntad de donar. Por lo que, a pesar de la disposición del Ordenamiento de Alcalá, será libre en dicho Reino la revocación de este mandato cuando no haya razón alguna según la cual conste la voluntad de obligarse, que es lo que exige aquella ley para que se pueda obligar a una persona al cumplimiento.

Por la misma razón, si en dicho Reino este donante muriera antes de que el mandatario haya ejecutado la donación, como quiera que el mandato expira por la muerte del mandante, la cosa habrá de entregarse a los herederos de éste y no al donatario, de acuerdo con los textos anteriormente citados.

Otra duda es si la donación en favor de causas pías no aceptada es válida. La glosa a la *l. illud, verb. alia causa, C., de sacros. Eccles.*, afirma su invalidez; y dicha opinión siguen Molina (*De primog.*, IV, cap. 2, núm. 58), Julio Claro (*párr. donatio*, q. 12, vers. últ.), Covarrubias (*Var. Resol.*, I, cap. 14, núm. 16; *rub. de test.*, part. 3, núm. 13), y Antonio de Gama (*Decis.*, 381, núm. 3), afirmando que ésta es la opinión común. (Lo cual ha de notarse que añade Julio Claro, porque fácilmente se hubiera dicho lo contrario.) No veo en favor de esta opinión más argumento que el de los textos del Derecho civil, que, sin duda alguna, así lo establece, y que el Derecho canónico nada ha dispuesto en contrario. 16

En cambio, Felino (*cap.* 1, *de pactis, núm.* 7), con Bártolo, Baldo, el Panormitano y otros que cita, afirma que dicha donación produce obligación natural, teniendo además acción; siendo, por lo tanto, válida. Y esta opinión me satisface en absoluto. Pues del mismo modo que las leyes civiles que invalidan los testamentos carentes de ciertas solemnidades no tienen vigor alguno respecto a las disposiciones en favor de obras pías, por cuanto, por aprobación del Sumo Pontífice, son válidas con los requisitos necesarios por Derecho Natural, así también las leyes civiles que anulan la promesa no aceptada carecen de vigor en lo to-

cante a las promesas en favor de obras pías, por cuanto el Derecho canónico no las aprueba en modo alguno. Y por esta misma razón diremos más adelante que las donaciones a obras pías serán válidas sin necesidad de insinuación, incluso por encima del límite puesto por el Derecho civil, a pesar de que éste comprendió en sus prohibiciones incluso las donaciones pías, como consta por la *l. illud, C., de sacros. Eccles.*, lo cual, sin duda, movió a Acursio a afirmar en la glosa correspondiente que las promesas en favor de obras pías son inválidas si no fueren aceptadas.

17 De lo dicho se deduce que Bártolo y Baldo son de esta misma opinión cuando afirman que la promesa no aceptada produce obligación si sólo atendemos al Derecho natural, pues éste es el único modo de poder afirmar que cuando se haga en favor de obras pías producirá obligación natural y parirá acción.

La última duda que se plantea en este punto es si la promesa, aun no aceptada, pero confirmada por juramento del promitente, parirá acción en Derecho canónico y civil. Bártolo y la opinión más común entre los intérpretes del Derecho romano, del mismo modo que niegan que el nudo pacto confirmado por juramento tenga acción en Derecho civil; pero afirmando, en cambio, que la tiene por Derecho canónico, como vimos en la disp. 265; así también niegan que de tal promesa surja acción en Derecho civil, llegando Bártolo a afirmar (*l. si quis pro eo, ff. de fideiuss.*) que no produce ni aun obligación natural, sino únicamente una obligación en orden a Dios, a quien el que jura está obligado a no poner por testigo de una promesa falsa e infiel. Y también del mismo modo que Inocencio y otros niegan que tenga acción por Derecho canónico el nudo pacto confirmado por juramento, como vimos en el mismo lugar, niegan igualmente que la tenga la promesa de que tratamos.

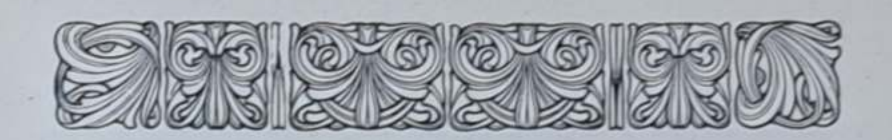
Afirmaremos, no obstante, con el Panormitano (*cap. cum venissent, de constitut.*, núms. 26 y 27), Covarrubias (*c. p. quamvis pactum*, part. 1, párr. 2, núms. 3 y 4; part. 2, pá-

rrafo 7, núm. 16) y otros que éste cita, que en Derecho canónico se le concederá acción, no ciertamente porque reviva la fuerza de obligar que tuviera la promesa no confirmada por juramento, atendiendo únicamente al Derecho natural, como vimos en la disp. 150, sino porque, como probamos extensamente en el mismo lugar, el juramento que la confirma, cuando la promesa no sea de cosa ilícita, y cuando lo mismo ésta que el juramento sean espontáneos absolutamente, surgirá, no solamente una obligación en orden a Dios, de evitar que sea puesto por testigo de una promesa infiel, sino también otra en favor de la persona a quien se haya prestado el juramento, correlativo a un derecho de éste, que pasa inclusive a sus herederos, por razón del cual la cosa prometida se le debe pura y simplemente, teniendo acción por Derecho canónico y aun por Derecho civil, incluso cuando la promesa o contrato confirmados por tal juramento sean írritos y nulos por Derecho humano, como consta por el *cap. cum contingat, de iureiurando; cap. cum mulieres, eod. tit., lib. VI; cap. quamvis pactum, de pactis, lib. VI*, y Auténtica *sacramenta puberum. C., si adversus vendit.*

Como quiera que la cuestión está bastante clara por lo dicho en las disps. 256 y 150, unido a lo que expusimos en la disputación 149, no es necesario añadir nada más sobre ello; limitándonos, no obstante, a observar que por Derecho portugués será nulo tal juramento, a no ser que se emita con especial autorización del Rey, y también la misma promesa, aunque de no ser por esto hubiera sido válida, como vimos en la disp. 149: por lo que no se concederá acción en Portugal a tal promesa confirmada por juramento.

Por lo que toca a Castilla, si fuese verdadera la opinión de Molina y los demás que afirman que la promesa no aceptada no produce acción en dicho Reino, como quiera que es lícito confirmar por juramento los actos que sin éste no serían válidos, como vimos en la disp. 149, deberá admitirse que la promesa confirmada por juramento parirá ac- 18

ción en Castilla. Pero de acuerdo con nuestra opinión ha de afirmarse lo contrario, por lo que la promesa reforzada por juramento sería inválida, a no ser porque la l. 12, tít. I, libro IV de la Nueva Recopilación ha concedido expresamente en dicho Reino que las donaciones perpetuas se puedan confirmar por juramento, como vimos en la disp. 149; pero si la promesa no fuera perpetua, sino de ceder una cosa por algún tiempo, será inválida si se confirma por juramento, pues por este mero hecho quedaría anulada, a no ser que se hiciera por razón de dote o arras, según vimos en la disp. 149.



DISPUTACION CCLXIV

DE QUIÉNES PUEDEN ACEPTAR LA PROMESA Y HASTA QUÉ PUNTO ES VÁLIDA LA PROMESA HECHA A UN AUSENTE

Sumario:

1.—Actualmente la promesa aceptada produce obligación y acción civil.
2.—Actualmente la donación hecha por epístola o internuncio especialmente delegado, se perfecciona, aun cuando haya uno que prometa y otro que acepte.
3.—Si una persona promete a un ausente una donación, sin enviarle una persona que se lo avise, pero algunos de los presentes se lo comunican, y la donación es aceptada, se pregunta si por Derecho civil será perfecta la donación, de modo que el promitente no pueda ya revocarla.
4.—De si la promesa gratuita hecha a una persona presente que calla, se considera o no perfecta, de modo que no pueda ya revocarse.
5.—Cuando aquel a quien se haya hecho una promesa, y la haya aceptado, deja su ejecución al arbitrio del promitente, éste no estará obligado.
6.—De quiénes pueden estipular y aceptar promesas o donaciones a nombre de otro, y de su efecto.
7.—En primer lugar, puede contratar a nombre de otro el esclavo por su dueño.
8.—El hijo de familia puede hacerlo por su padre.
9.—Item el religioso por su convento.

10.—Los que son propiamente *sui iuris* no pueden estipular ni aceptar a nombre de los que en parte son sus superiores, como el sirviente en lugar de su amo; el hijo mayor de edad en lugar del padre o de la madre; el discípulo en el lugar del maestro, etc.

11.—El juez y el notario pueden contratar en los actos judiciales a nombre del padre ausente, aunque la otra parte sea pupilo u otro análogo.

12.—De lo que ocurrirá si el notario, como funcionario público, promete o acepta fuera de juicio, distinguiendo los contratos lucrativos y los onerosos.

13.—Item, si el notario aceptase una donación hecha a un ausente, antes de que llegara a la noticia de éste, y muriere el donante.

14.—Item, si el donante se arrepintiera de una donación aceptada por notario, donando y entregando la cosa ya donada a un ausente a otra persona presente que la acepta.

15.—El párroco tendrá una acción útil para adquirir en favor de los ausentes, solamente en el caso del *cap. quamquam, de usur., lib. VI.*

16.—El procurador de un Príncipe, ciudad, aldea u otra comunidad puede estipular y aceptar a nombre de ella. Análogamente, el tutor para el pupilo, el curador para el menor, el demente o el pródigo.

17.—De lo que podemos adquirir por procurador particular.

18.—Hasta qué punto es válida la estipulación, cuando el estipulante o el aceptante tengan interés en que ésta se realice en favor de un ausente.

19.—Derecho de Castilla respecto a las promesas hechas a ausentes.

1 La promesa, por lo mismo que es aceptada, aunque no sale de los límites del pacto nudo, goza actualmente del privilegio de producir obligación civil, después de la *l. si quis argentum, C., de donat.*, como vimos en la dis-

putación 255 y en la anterior. Por ello, aunque antes de la ley citada, la promesa aceptada no producía obligación civil ni acción, a no ser que hubiera estipulación o tuviera lugar la tradición, vistiéndose el nudo pacto y transformándose en el contrato nominado de donación, hoy no son necesarias ninguna de estas dos cosas.

De aquí surge la consecuencia de que, como la estipulación no se puede hacer entre ausentes por epístola o internunci, sino solamente entre presentes, como vimos en la disputación 254, en otro tiempo la donación que empezaba por promesa no podía perfeccionarse por epístola o internuncio, sino solamente por la tradición, no produciendo obligación civil ni acción: mientras que hoy basta el mutuo con- 2
sentimiento del promitente y el aceptante, exteriormente declarado, pudiéndose, por tanto, perfectamente celebrar por epístola o internuncio, de modo que uno prometa y otro acepte, lo mismo que dijimos en la disp. 254 respecto a los demás contratos consensuales. Así lo afirma, de acuerdo con la *l. si quis argentum*, y otros textos que reconocen el mismo privilegio a la promesa aceptada, la glosa a la *l. nec ambigi, C., de donat.*, y la opinión común de los autores, que, entre otros, cita, y sigue Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4) y Julio Claro (*párr. testamentum*, q. 2); el último de los cuales observa, de acuerdo con la glosa y la opinión común, que es absolutamente necesario que el internuncio haya sido especialmente delegado para ello, siendo de otro modo inválida la donación.

Dije anteriormente que me refería a la donación que empiece por promesa, la cual no se perfeccionaba más que por la tradición; porque la donación, celebrando inmediatamente la tradición, podía celebrarse entre ausentes, incluso antes de la *l. si quis argentum*, por epístola o internuncio, declarando el donante que le enviaba tal cosa como regalo, que el otro recibiera; o que le donaba tal cosa que el donatario tuviera ya en su poder; o por medio de la cual el donatario pidiese la entrega de la cosa mediante un delegado,

o el perdón de una cosa que tuviese en su poder. Así consta por la *l. etiam, y l. absenti, ff. de donat; l. nec ambigi* y *l. si aliquid, C., eod. tit.*, afirmándolo la opinión común de los autores, que Antonio Gómez (loc. cit.) cita y sigue.

3 Plantéase la duda de si cuando una persona promete a un ausente una donación, pero sin enviarle aviso de haberlo hecho, y alguno de los que lo oyeron, por propio impulso se lo comunica, aceptando el donatario la promesa: si será o no perfecta por Derecho común la donación, de modo que el promitente no pueda ya revocarla. Los autores, citados y seguidos por Julio Claro (*párr. donat.*, q. 12) y Menchaca (*Controversias*, lib. II, cap. 15, núm. 8) niegan que sea perfecta, basándose en que por Derecho común, para que la aceptación perfeccione la donación es necesario que la promesa haya sido propuesta al aceptante por el mismo promitente, o por un instrumento suyo, como un procurador o carta, o un internuncio especialmente delegado. Y análogamente creen que para la perfección de los contratos bilaterales es necesario que el mutuo consentimiento sea transmitido por los propios contratantes o por sus instrumentos, pues de otro modo no se perfeccionará, pudiendo ambas partes desistir libremente. Y esta opinión, siendo común y recibida en la práctica, debe admitirse.

4 Plantéase también la duda de si cuando una promesa gratuita se haga a una persona presente, que no contesta, ha de considerarse o no perfecta, de modo que ya no pueda revocarse. La opinión común, citada y seguida por Julio Claro (*párr. donat.*, q. 14), Covarrubias (*rub. de test.*, part. 3, núm. 3) y Molina (*De primog.*, lib. IV, cap. 2, número 76), afirma que se considerará perfecta, porque si bien en los contratos onerosos el que calla se entiende que no otorga, ha de juzgarse lo contrario en los gratuitos, que ceden en beneficio del que calla (*l. qui patitur, ff. mandati*, y su glosa, *reg. qui tacet, de reg. iur., lib. VI*); por lo que, como quiera que la donación es expresa, y el consentimiento o aceptación se presumen por la ley, ha de considerarse

perfecta la donación, de modo que ya no podrá revocarse. Y no disiente, sino que está conforme, Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 9, núm. 2), con la opinión común, que asimismo cita; pues lo único que niega es que en los contratos onerosos se presuma el consentimiento del que calla.

Cuando la persona a quien se haya hecho una promesa 5
la haya aceptado de modo que deje su ejecución al arbitrio del promitente, v. gr., diciendo: si quieres, o si te parece, el promitente no quedará obligado, al menos bajo pecado mortal, a cumplir la promesa, por no haber sido íntegra y plenamente aceptada.

También permite el derecho que algunas personas pue- 6
dan estipular en favor de otras, aceptando, por tanto, las promesas y donaciones que se hagan a otras personas. Y si bien el donante no podrá después revocar esta donación, dependerá siempre de la ratificación y consentimiento del donatario, para quedar firme por completo.

En este caso se halla, en primer lugar, el consentimien- 7
to de los que están bajo la potestad de otro, en favor de éstos, como consta por el *párr. si quis alii, I., de inutil. stip.*, y l. 7, tít. 11 de la Partida V.

Dentro de éstos, cabe distinguir el esclavo, por relación a su dueño, que siempre que contrate o acepte a nombre de éste, podrá el dueño exigir el cumplimiento lo mismo que si él fuese el que contratase o aceptase. Así consta por la *l. 2, ff. rem pupilli; l. 7 cit.*, afirmándolo la glosa al *párrafo si quis alii cit.*, de acuerdo con el *párr. item vobis, I., per quas person. lib. acquir.*, e *I., per quas person. obl. acquir., in princ.* Y con razón añade la glosa citada, de acuerdo con el *párr. his*, y el *párr. item placet, I., per quas person.*, que incluso será válida la estipulación o aceptación hecha por un esclavo para la persona que sólo tenga su usufructo o uso; así como la hecha por un esclavo, poseído de buena fe, aunque en realidad sea ajeno o libre. Lo mismo

afirma la glosa al *cap. quamquam, de usur., lib. VI, verb. possint. acquir.*

8 Asimismo el hijo, mientras esté bajo la patria potestad, como consta en la l. 7 cit., y lo afirman las glosas citadas.

Item, el religioso para su abadía o monasterio, como establece la misma l. 7 cit., de acuerdo con la glosa prime-
9 ramente citada. Pues el religioso se equipara al esclavo por lo que toca a la adquisición de bienes para el monasterio, de acuerdo con la Auténtica *de monachis, párr. illud quoque*, como afirma, con Bártolo e Inocencio, Gregorio López (l. 7 citada).

10 Los demás, que sean propiamente *sui iuris*, no pueden contratar ni aceptar a nombre de otras personas, aunque en cierto modo estén sometidos a ella, como el sirviente en lugar de su amo, el hijo emancipado por su padre o madre, el discípulo en lugar del maestro, etc.

11 También permite el Derecho que los jueces puedan contratar a nombre del padre ausente, ya se trate de un pupilo o de cualquier otra persona. Y análogamente los notarios o escribanos; lo cual, sin controversia, reconocen todos cuando el notario intervenga en actos judiciales a nombre de alguna de las personas afectadas por el proceso, disponiéndolo expresamente lo mismo del juez que del notario la l. 7, tít. 11 de la Partida V, de acuerdo con la *l.* 1, *párrafo exigere, C., de magist. conveniendis; l. non aliter, ff. de adopt.*; 1, 2, 3 y 4, *ff. rem pupilli salvam fore*, y *cap. quamquam, de usur., lib. VI.*

En cambio, se discute la cuestión cuando el escribano o notario intervenga como funcionario público, contratando o aceptando a nombre de otro, pero fuera de juicio; cuya discusión es referida más claramente que por otros por Molina (*De primog.*, lib. IV, cap. 2, núm. 67 y sig.).

12 El propio Molina cree que no hay duda de que el ausente adquirirá, como consecuencia de la aceptación del notario, una acción útil, de modo que no será necesario que el notario le ceda ninguna acción; y afirma que ésta es la opinión común de Bártolo y otros autores que cita. Y cree que la aceptación del notario produce el mismo efecto, cuando después de la ratificación o aceptación del donatario se confirma en absoluto la donación, teniendo el donatario una acción útil contra el donante y sus herederos. Pero cree que la duda estriba en si mientras no acceda la ratificación y aceptación del donatario, podrá o no el donante revocar la donación aceptada por notario, anulando, por tanto, y extinguiendo dicha acción útil, que el donatario tendría en virtud de tal aceptación notarial, dependientemente de su ratificación y aceptación.

La opinión común de los autores, citada y seguida entre otros por Covarrubias (*rub. de test.*, part. 3, núm. 13; *Var. Resol.*, I, cap. 14, núm. 12), Julio Claro (*párr. donatio*, q. 13) y Gregorio López (l. 7 cit.), afirman que el donante no podrá revocar la donación, porque supuesta la aceptación de un funcionario público, no será menos firme y completa que si la hubiera aceptado un hijo de familia, un esclavo u otra persona de las que, por privilegio del Derecho, pueden contratar o aceptar a nombre del ausente; por lo que, como en el tiempo intermedio entre la aceptación de éstos y la ratificación del donatario, no puede el donante revocar la donación, así tampoco podrá hacerlo en el período intermedio entre la aceptación del notario y la ratificación del donatario.

La opinión contraria es la aceptada por Decio y muchos otros, a quienes Molina (loc. cit., núm. 69), cita y sigue, es decir, que el donante puede revocar libremente la donación en dicho período intermedio, sin que falten entre los defensores de esta opinión quienes afirmen que es la más común. Se apoyan en que no se halla texto legal alguno que dé tal fuerza a la donación aceptada por escribano o notario, que no pueda ser revocada por el donante antes de su ratificación por el donatario.

Mi opinión es la siguiente. En primer lugar, es mucho más común la opinión de Covarrubias y de Julio Claro, de-

biendo ser absolutamente aceptada en Portugal, no sólo por ser la más común y la defendida por Bártolo, sino también porque se halla sancionada en lib. VI de las Ordenanzas, tít. 55, *in princ.*, con estas palabras: "As doaçoens puras e simpremente feitas sem alguma condiçao, ou causa passada, ou presente, ou futura, tanto que seam feitas per otorgamento de queles que as fazam, et acceptadas da queles a quem seam feitas, o do tabaliam ou pessoa que per dereito em seu nome pode aceitar, logo seam firmes et perfeitas em tal guisa que iamais em tempo algum nao podem ser revogadas". He aquí cómo incluso cita únicamente en particular la persona del notario, refiriéndose en términos generales a las demás personas que en Derecho pueden aceptar a nombre del ausente. Y la aceptación de las donaciones por notario no acostumbra a hacerse en juicio, sino fuera de él.

Por lo demás, atendiendo únicamente al Derecho común, no veo texto manifiesto que conceda al escribano o notario la facultad de contratar y aceptar fuera de juicio a nombre de un ausente; todos los que puedan citarse se refieren a aceptaciones procesales, y por orden judicial.

En tercer lugar, nos desplace en absoluto la opinión de Molina (loc. cit.), en cuanto por una parte afirma que la donación aceptada por notario produce una acción útil para el ausente, al producirse la ratificación de éste, confirmándose absolutamente la donación; mientras que por otra parte dice que en el período intermedio entre la aceptación del notario y la ratificación consiguiente, podrá el donante revocarla, extinguiendo la acción útil. Pues no hay ningún texto que expresamente dé tal vigor a la aceptación del notario hecha fuera de juicio, mayor que el que tuviera hecha por cualquier otro particular; de modo que si por esta razón Molina niega que la aceptación hecha fuera de juicio hace irrevocable la donación, debe negar también que la aceptación tenga valor alguno para producir una acción útil para el ausente, y que al subseguir la ratificación,

la donación se confirme definitivamente. Ya que la aceptación de un hombre particular a nombre de un ausente no produce ninguno de dichos efectos, y así vemos que, efectivamente, lo niegan por esta misma razón Cino y otros, a quienes cita Molina (*ubi supra*, núm. 70).

Cuarto, por ser la opinión común, y sancionada en Derecho portugués, y universalmente más recibida en la práctica, debe aceptarse la opinión de Covarrubias y Julio Claro, de acuerdo con Bártolo, Inocencio y la glosa de Acursio (*párr. si quis alii, I., de inutil. stipul.*). Pues los doctores suelen interpretar comúnmente los textos en el sentido de que el escribano o notario tenga la facultad de estipular y aceptar a nombre de un ausente, siempre que lo haga como funcionario público; y cuando lo haga por escritura pública, se entenderá que lo hace siempre como tal funcionario, a no ser que conste lo contrario. Mas cuando lo haga de palabra en una conversación particular, no se entenderá que acepta como funcionario público, a no ser que lo haga constar. Por lo que no es necesario que acepte siempre como tal funcionario, o que se presuma dicha aceptación, diga lo que quiera en contrario Molina (loc. cit.).

Quinto, cuando la aceptación no sea de una donación pura, sino que ésta lleve consigo algún modo o gravamen para el donatario, siendo dudoso si éste querrá aceptarla con tal modo y gravamen, y mucho más cuando la aceptación sea de contratos bilaterales, es evidente que la sola aceptación del notario a nombre de un ausente, de una donación u otro contrato, no producirá su firmeza hasta la ratificación y consentimiento del ausente, que manifieste al otro contratante su voluntad, pudiendo libremente, en el tiempo intermedio, cualquiera de los dos desistir de dicha donación o contrato, como dice rectamente Molina (loc. citada). La razón es que, siendo estos contratos bilaterales, y teniendo el consentimiento de cada parte la condición tácita de que la otra acepte recíprocamente el gravamen o contraprestación, es evidente que así como el ausente puede de-

sistir del contrato, no prestando su consentimiento a él, podrá también hacerlo el que ya lo ha prestado, revocándolo; ya que estos contratos no se consideran perfectos hasta el mutuo consentimiento recíprocamente aceptado de ambas partes.

Obsérvese que cuando la donación sea muy importante, mientras que el modo y gravamen sean ínfimos por relación a ella, de modo que en absoluto deba creerse que ninguna persona dejaría de aceptarla con tal modo o gravamen, lo cual suele ocurrir en las instituciones de mayorazgos; entonces evidentemente deberán equipararse estas instituciones y llamamientos a las puras donaciones, cuando (conforme a lo que diremos en su lugar respectivo) se instituyan con carácter irrevocable, como es de suyo evidente, por existir la misma razón en ambos casos.

15 De lo dicho hasta ahora se deduce la solución que daremos a la duda siguiente: Pedro ha donado cien escudos a Juan, que estaba ausente, aceptando a su nombre un notario; pero antes de que Juan tuviera conocimiento de la donación y la ratificase, muere. Se pregunta si la acción útil que Juan tenía por virtud de la aceptación notarial pasará o no a los herederos, pudiendo ratificar éstos la donación y aceptarla. A lo cual, sin duda alguna, responderemos, de acuerdo con la opinión de Covarrubias y Julio Claro, que acabamos de abrazar, en sentido afirmativo, como los autores citados lo hacen. Pues por la aceptación del notario Juan ha adquirido un íntegro y perfecto derecho a la cosa prometida, existiendo una donación perfecta e íntegra, que ya no podía ser revisada por Pedro, por lo cual el derecho ya adquirido por Juan pasa a los herederos de éste. Y lo mismo ha de afirmarse en el caso de que Pedro muriese antes de la aceptación de Juan, por cuanto éste tiene un derecho perfecto por la aceptación del notario, sin intervención de mandato que hubiera de expirar a la muerte del mandante, anulándose así la donación; por lo que los herederos de Pedro serán deudores en favor de Juan y sus

herederos, de la cosa donada por Pedro a Juan. En lo cual está de acuerdo el mismo Molina (*De primog.*, lib. IV, capítulo I, núm. 77), si bien apoyándose en otros argumentos, que se podrán ver en el lugar citado.

También tenemos resuelta implícitamente la cuestión 14
siguiente: Pedro ha donado un caballo a Juan, que estaba ausente, aceptando la donación un notario a nombre de Juan; pero antes de que éste la ratificase, Pedro dona el mismo caballo a Francisco, que acepta personalmente la donación. Se pregunta cuál de estas donaciones es preferente. Y sin duda alguna responderemos que si ninguno de los dos ha celebrado la tradición, que es el primer donatario, y el que primero ha adquirido un derecho, debe ser preferido. Pero si se ha celebrado la tradición con Francisco, como quiera que éste ha adquirido la propiedad, y Juan sólo tenía un derecho personal a la cosa, con acción del mismo tipo, afirmaremos que Francisco deberá ser preferido, si bien Pedro estará obligado a pagar a Juan el valor íntegro de la cosa, por razón de la injusticia que ha cometido contra él, entregando a Francisco una cosa que le debía en justicia. En lo cual consienten Covarrubias (*rub. de test.*, part. 3, núm. 13) y Julio Claro (q. 13 cit.), digan lo que quieran otros en contrario.

Según el *cap. quamquam, de usuris, lib. VI*, el párro- 15
co se cuenta entre los que pueden adquirir una acción útil en favor de ausentes, pero ello únicamente tiene lugar en el caso de dicho canon, como se deduce de su mismo texto, y es cuando se haya prestado fianza de restituir las ganancias usurarias, en cuyo caso adquiere una acción útil en favor de las personas a quienes se haya de restituir.

El procurador de un Príncipe, ciudad, aldea u otra co- 16
munidad, puede estipular y aceptar a su nombre, adquiriendo, por lo mismo, acción útil en su favor. Lo mismo ocurre con el tutor para su pupilo, el curador para el menor, el demente y el pródigo, etc. Así consta por la *l. eum*

qui, párr. últ., ff. de constituta pecunia, y l. 7, tít. 11 de la Partida VI.

17 El procurador de cualquier otra persona, si bien adquiere la posesión y el dominio de las cosas para las personas a cuyo nombre lo haga, aunque éstas lo ignoren, como consta por la *l. possesio quoque, párr. últ., ff. de acquir. posses.,* y la *l. ea quae civiliter, ff. de acquir. rer. domin.;* no obstante, aunque estipule o acepte a nombre de ellas, no adquiere en su favor acción alguna, sino que es necesario que le ceda la suya propia. Pero si se negase a hacerlo, será obligado por la autoridad judicial, en virtud de la acción de mandato, como consta en el *párr. últ. cit.* y la *l.* 1, *ff. de institoria actione,* al final. O, por lo menos, se entregará de los bienes del procurador, a la persona representada, la estimación pecuniaria de la acción, como establece, de acuerdo con los textos citados, la l. 8, tít. 11 de la Partida V. Mas cuando no basten para ello los bienes del procurador, y por razón de muerte, ausencia u otra causa semejante no se pueda subvenir suficientemente a la indemnización, se le concederá al representado una acción útil, sin necesidad de cesión alguna, como consta por la l. 2, *ff. de instit., actione; l. pen., párr. últ., C., ad Trebe.* y *l.* 1, *C., de actionibus et obligationibus,* estableciéndolo igualmente la l. 8 cit. Véanse otros textos legales citados por Fabro y Gregorio López.

No obstante, en los casos siguientes se concede acción útil al representado por la simple estipulación o aceptación del procurador. En primer lugar, si está presente el representado en el momento de hacerse la estipulación o aceptación (*l. si procuratori praesenti, ff. de verb. oblig.,* y l. 19, tít. 11 de la Partida V).

En segundo lugar, si la estipulación o aceptación se refiere al pago de una pensión, de frutos o de otras rentas, de una cosa propia del representado, como en el arrendamiento de una casa u otra cosa cualquiera (*l. quod procurator, ff. de procurat.,* y l. 9 cit.).

Finalmente, cuando la estipulación se haya hecho en juicio (*l. in omnibus, ff. de praetor. estipulat.; l. si procurator, ff. si quis caut.,* y l. 9 cit.).

Cuando el estipulante o aceptante tenga interés en que 18
el ausente reciba alguna cosa, será válida la estipulación que celebre con otra persona. Así, si el tutor cede a otro la tutela, será válida la estipulación en la cual estipule la integridad del patrimonio del pupilo. Análogamente, si una persona estipula que se entregue una cosa a su procurador, será válida la estipulación, porque cede en provecho del estipulante. Item, si se estipula que Juan dé cien escudos a Pedro, que el estipulador mismo debe a Pedro, será válida la estipulación; mas Juan no tendrá acción procedente de la estipulación, sino que la tendrá el mismo estipulante, que podrá obligar a Juan a que pague a Pedro la deuda, y además a que indemnice los daños que se sigan si no paga a Pedro en el tiempo debido. Así consta en la Instituta, *de inutil. stip., párr. sed et si quis; l. stipulatio ista, párr. si stipuler.* y *párr. si quis insulam, ff. de verb. oblig.,* y l. 10, tít. 11 de la Partida V.

Todos los casos explicados, en los que vale la estipulación o aceptación hecha por un ausente y en su nombre, son citados por la glosa 2, *párr. si quis alii, I., de inutil. stip.*

Finalmente, observaremos que según el tantas veces citado Ordenamiento de Alcalá, cuando el promitente haya querido obligarse en favor de un ausente, no podrá revocar la promesa, y según nuestra opinión, ya explicada en la disputación precedente, aunque nadie en absoluto haya aceptado la promesa en su nombre. Mas, en todo caso, acéptese cualquier opinión, bastará que cualquier particular la haya aceptado en su nombre, como reconocen incluso Gregorio López, Covarrubias y los demás autores de su bando. Y con mayor razón no podrá ser evocada en dicho Reino cuando la haya aceptado cualquiera de las personas a que nos hemos referido.



DISPUTACION CCLXV

DE SI LA DONACIÓN ADMITE MODO O GRAVAMEN EN FAVOR DE UN TERCERO, Y DE SI PUEDE REVOCARSE ANTES DE SU ACEPTACIÓN POR EL TERCERO

Sumario:

1.—La donación irrevocable por aceptación u otra causa cualquiera no sufre condición ni gravamen.

2.—Si el donatario es gravado con la obligación de entregar la cosa donada a un tercero, al llegar el plazo de la entrega tendrán dicha tercera persona y sus herederos acción para exigirla.

3.—Esta acción no es personal, sino real y, por tanto, puede el tercero reivindicar la cosa en manos de cualquier poseedor. Pruébase en los números 4 y 5.

6.—Opinión contraria, según la cual es puramente personal.

7.—Solución al primer argumento.

8.—De si cuando la donación se haya hecho con un gravamen en favor de un tercero podrá el donante remitirlo y revocarlo, antes de ser aceptada por dicho tercero.

9.—*Quid* cuando se haga una donación como modo impuesto a un mayorazgo.

10.—Cuando se haya impuesto un gravamen en favor de uno o varios que deban suceder por orden, si el tercero lo acepta no puede el donante revocar, pero sí cuando haya aceptado un notario en su nombre.

11.—Cuando el donante haya confirmado el gravamen por juramento, será inválida la revocación.
12.—Cuando las cosas no estén íntegras, no puede hacerse la revocación.
13.—Cuando el donante que haya impuesto el gravamen haya muerto antes del tiempo fijado para la restitución a un tercero, y antes de que el gravamen haya sido aceptado por éste, subsiste la donación, confirmada con dicho gravamen, sin que pueda revocarse.
14.—El donante puede revocar libremente el gravamen impuesto en favor de un tercero.
15.—Se sostiene la opinión contraria con dos argumentos, que se sueltan en los números 16 y 17.
18.—Por Derecho de Castilla, el gravamen impuesto en favor de un tercero, que haya sido aceptado en nombre de éste por un particular cualquiera, no puede ser ya revocado.

Esta disputación va unida a la última parte de la anterior, por lo cual la tratamos en este lugar.

1 La donación, por lo mismo que se hace perfecta al no poder ser ya revocada, o por el hecho de su aceptación, o por otras varias razones, de acuerdo con lo que llevamos dicho, no sufre ya condición ni gravamen alguno, a no ser por la libre voluntad del donatario. Así consta expresamente por la *l. perfecta, C., de donat. quae sub modo*, afirmándolo Covarrubias (*Var. Resol.*, I, cap. 14, núm. 1) y comúnmente los doctores. Pero mientras puede ser revocada, se le podrá imponer una condición u otro gravamen, lo mismo en favor del donante que de un tercero; por ejemplo, que al cabo de tanto o cuanto tiempo, o después de la muerte del donante, restituya toda la cosa o una parte mayor o menor de ella a una Iglesia, a un Hospital, etc.; o que todos los años haya de entregar tal o cual cantidad, o hacer esto o aquello. Así se deduce por argumento *a contrario* de la *l. perfecta cit.*, y expresamente de las *l.* 1, 2 y

3 *eod. tit.*, y *l.* 7, *tit.* 4 de la Partida V, afirmándolo Covarrubias (ibid.) y comúnmente los doctores. La razón es que como la donación procede de la mera liberalidad del donante, sin que el donatario esté obligado a aceptarla, el donante podrá libremente donar lo que es suyo, imponiendo las condiciones y gravámenes que le parezcan, con tal de que no sean naturalmente injustos ni prohibidos por el Derecho positivo (1).

Si el donatario es gravado con la obligación de restituir al cabo de cierto tiempo la cosa donada a un tercero, 2
aunque dicha tercera persona no haya aceptado la donación ni celebrado estipulación alguna, al llegar el tiempo fijado tendrá una acción útil para sí y para sus herederos; pudiendo exigir dicha cosa, como establece expresamente la *l. quoties, C., de donat, quae sub modo*, de acuerdo con la opinión común de los doctores (2).

Decio y otros, a quienes cita Covarrubias (*ubi supra*, número 3), opinaron que esta acción es no solamente personal, 3
sino también real, pudiendo, por tanto, la tercera persona reivindicar la cosa de manos de cualquier poseedor, de donde se deduce, además, que por lo mismo que la cosa ha sido donada con un gravamen, no solamente no puede el donatario enajenarla, sino que si lo intentase, sería nula tal enajenación.

Se apoyan en que, como consta por la *l. quoties* cit., an- 4
tiguamente, cuando el tercero no hubiera estipulado con el donante la restitución de la cosa, ni aceptado la donación, si al llegar el tiempo la restitución, el donatario no se la entregaba, no tenía acción para reclamarla el tercero, sino el donante; mientras que la ley *quoties* citada le concede ya una ación útil al tercero, que es la misma que antes se daba al donante; mas es así que la acción del donante cuan-

(1) La autonomía contractual está limitada por el Derecho positivo y la ley natural.

(2) El Derecho común no excluía, en principio, la estipulación en favor de tercero.

do no se cumple el pacto o gravamen impuesto al donatario, es la reivindicación, como consta por la *l.* I, *C., de don. quae sub modo;* luego ésta será la que tenga el tercero.

5 Confirman esta opinión con la l. 7, tít. 4 de la Partida V, que estableció que cuando el donatario esté obligado a restituir la cosa donada al pasar algún tiempo, sea al donante o a cualquier tercero, al cumplirse el plazo la cosa pasará de pleno derecho, sin necesidad de tradición, al dominio y posesión de dicha tercera persona.

6 La opinión contraria, según la cual la acción del tercero es puramente personal y, por tanto, si la cosa fuere vendida y entregada por el donatario a otra persona, o enajenada por cualquier otro título, será válida la enajenación, pudiendo únicamente accionarse contra el donatario para exigir la reparación de daños y perjuicios; es la sostenida por la opinión común de los autores, citada y seguida por Covarrubias (núm. 3 cit.), y Antonio Gómez (ad l. 40 de Toro, núm. 25). Y debe ser, sin duda alguna, abrazada por nosotros, pues, como consta en la *l. traditionibus, C., de pactis,* y nosotros hemos explicado extensamente en la disputación 2 y 3, es regla general que sin la tradición no se transfiere el dominio, a no ser en los casos expresados por el Derecho, de cuyo número no es éste que tratamos, como será evidente por la refutación del argumento en que se apoya la opinión contraria. Pero si el tercero a quien debería hacerse la restitución de la cosa fuese la Iglesia u otro lugar piadoso, o una ciudad, o la donación se destinase a la redención de cautivos, se concedería una acción real para su reclamación, según la *l. penúlt., C., de sacros Eccles.,* todo lo cual vimos más extensamente en la disp. 3. Véanse otras razones y textos legales en Covarrubias y Antonio Gómez (loc. cit.).

7 Al argumento de la opinión contraria, concediéndole la mayor, le negaremos la menor. Pues lo que establece la l. I, sólo tiene lugar en el caso precisamente del texto, o sea cuando una persona haya hecho una donación con el

gravamen de que se le pasen alimentos; cuando no se cumpla, tendrá una acción real para reivindicar la cosa donada, por privilegio especial de los alimentos. Es más: la l. siguiente a la *l. quoties,* establece lo contrario en el asunto que tratamos; ya que solamente se concede al donante y al tercero a quien debiera restituirse la cosa, una condicción para reclamarla, y la condicción es una acción personal, no real, pues como establece la l. I, cit.: "No sólo en este caso se te concederá la condicción, esto es, la acción personal, sino también la reivindicación, como ordenaron los Divinos Príncipes que se te diera en este caso."

Por lo que toca a la confirmación que alegan, Covarrubias (loc. cit., núm. 5), propone una muy violenta interpretación para reducir la disposición de aquella ley a los términos del Derecho común; mas se ve obligado a reconocer, aunque a él no le satisface, que en Derecho de Castilla hay que conceder la acción real, e incluso que se adquieren la posesión y el dominio de la cosa por el mero hecho de cumplirse el plazo fijado. También Antonio Gómez trata de hacer varias interpretaciones violentas de dicha ley (loc citada, número 28), para reducirla a los términos del Derecho común; pero acaba finalmente por reconocer que en el Derecho de Castilla se pueden adquirir en dicho caso el dominio y la posesión, sin que se necesite la tradición. Lo cual nos convence en absoluto (disp. 3 cit.), de acuerdo con Gregorio López en su comentario a la misma ley; Molina, Rodrigo Suárez y otros autores citados, por cuanto dicha ley es terminante, y corroborada por la l. 6 anterior, en la cual, al hablar de la donación de una cosa con el gravamen de prestar alimentos, se dice que quedan equiparadas todas las donaciones con cualesquiera gravámenes, lo cual ya advirtió Gregorio López en su comentario.

Esto, por lo que toca a la primera parte de esta disputación. Por lo que se refiere a la segunda, se plantea la duda de si cuando la donación se haya hecho con un gravamen puesto en favor de tercera persona, podrá o no el donante 8

remitirlo y revocarlo, mientras no haya sido aceptado por el tercero. En efecto, como consta por lo dicho en la primera parte de esta disputación, el tercero tiene acción para reclamar la cosa al cumplirse el plazo establecido, aun cuando no lo haya estipulado con el donante ni lo haya aceptado, hasta el punto de que no es necesario que nadie le ceda dicha acción, pues la tiene por derecho propio.

9 En primer lugar, cuando la donación tenga el carácter de mayorazgo, estableciendo un orden de sucesión perpetua entre las personas de una familia, como quiera que la donación se considera hecha a la misma familia, bastará la aceptación del primer vinculero para que se repute absolutamente aceptado, de modo que ya no se pueda revocar el mayorazgo por falta de aceptación. Así lo afirma Molina (*De primog.*, lib. IV, cap. 2, núm. 75), de lo cual trataremos en su lugar correspondiente.

10 Mas cuando cuando el gravamen sea de otro carácter, puesto en favor de uno o más que deban suceder en algún orden, convienen también los doctores en que si el tercero lo ha aceptado, no podrá el donante revocarlo por relación a él. Si lo aceptase un notario en su nombre, Covarrubias (*Var. Resol.*, I, cap. 14, núm. 11) y Julio Claro (*párr. donat.*, q. 13, vers. pen.), y, en general, todos los que dijimos en la disputación anterior que sostienen la suficiencia de la aceptación por notario de la donación hecha a un ausente para que no pueda revocarse, afirman igualmente en este caso la irrevocabilidad. En cambio, Molina (loc. cit., número 74), igualmente de acuerdo con su opinión, que citamos en el mismo lugar, cree que será revocable.

Algunos, con los cuales parece estar de acuerdo Covarrubias (loc. cit., núm. 3), creen que la estipulación hecha por el mismo donante, a nombre del tercero ausente, obligando a prometer al donatario que en tal época entregará tal cosa, o dará tanto o cuanto al ausente, equivaldrá a la estipulación hecha a nombre del ausente por un escribano o notario. Pero yo no creo que esta afirmación tenga algún fundamento sólido, por cuanto no se cita texto que demuestre que el donante tenga el derecho a estipular en nombre del ausente un gravamen impuesto al donatario en favor de tercera persona.

Cuando el donante haya confirmado el gravamen por juramento, será inválida su revocación, porque la simple promesa confirmada por juramento, aunque no sea aceptada por el donatario, pare acción, debiéndose la cosa prometida pura y simplemente al donatario, como vimos en la disputación 263, afirmándolo en el caso propuesto Covarrubias (*ubi supra*, núm. 10) con Guillermo Benedicto y otros. 11

No estando las cosas íntegras, por existir un gravamen en favor de un tercero ausente, convienen comúnmente los doctores en que no se puede revocar. Así Julio Claro (*párrafo donat.*, q. 13, vers. penúlt. al final) y Covarrubias (*ubi supra*, núm. 13 al final y núm. 14), sin que pueda existir duda alguna en este punto, pues de no ser así, el tercero hubiera aceptado la donación. Julio Claro (ibíd.) cree que al llegar el plazo establecido para el vencimiento del gravamen, aunque no se haya realizado la entrega ni el tercero la haya aceptado, no podrá ya el donante revocarlo, afirmándolo otros muchos, que cita Covarrubias (ibíd.) Se apoyan en que desde este momento el tercero ha adquirido un derecho perfecto. 12

Mas si se lee atentamente a Covarrubias (ibíd.), se advertirá que no está de acuerdo con dichos autores, a no ser que el tercero sea una Iglesia o lugar piadoso, o los cautivos, en cuya redención se haya de emplear la cosa donada, los cuales desde dicho momento tendrán acción, de acuerdo con la *l. quoties* cit., siendo dicho derecho y acción procedentes de donación a la Iglesia y entes análogos, de carácter real, adquiriendo el dominio de la cosa, de acuerdo con la *l. pen., C., de sacros. Eccles.*, de donde se deduce que ya no podrá revocarse dicho gravamen.

Mas cuando la tercera persona no sea de éstas que acabamos de enumerar, cree Covarrubias, de acuerdo con Bár-

tolo, según lo que después veremos, que se podrá revocar; pues según él, así como apenas hecha la donación con gravamen, el tercero adquiere un derecho a la cosa, que es revocable, así también al llegar el plazo en que debe restituirse la cosa, tendrá solamente un derecho a ella y una acción personal, pero no real, dependiente en todo caso de que el donante persevere en la misma voluntad, siendo, por tanto, un derecho igualmente revocable.

No obstante, yo creo que es preferible la opinión contraria. Porque la *l. quoties* no concede acción al donante y al tercero para exigir al donatario el cumplimiento del gravamen hasta cumplirse el plazo fijado para la restitución, sin que el donatario la realice; y como desde este momento la acción corresponde al tercero, ha adquirido ya un derecho perfecto, por la disposición de la *l. quoties*, de modo que es a él a quien se debe la cosa del modo más absoluto y perfecto, hasta el punto de que el donatario incurre en culpa si no se la entrega; por lo cual no podrá el donante revocarlo.

13 Cuando el donante que haya impuesto el gravamen haya muerto antes de llegar el momento de la restitución y de ser aceptado el gravamen por el tercero en cuyo valor se ha establecido, Bártolo y la opinión común (citada y seguida por Covarrubias, loc. cit., núm. 17; y Julio Claro, q. 13, citado, vers. últ.), afirman que por lo mismo quedarán confirmados la donación y el gravamen, sin que puedan revocarlo los herederos del donante, ya que la potestad y el derecho que tuviera el donante para revocar el gravamen no pasa a sus herederos. Así lo establece la *l. 3, ff. de servis exportandis; l. 1* y su glosa, *ver. si iam discesserat, C., si mancipium ita fuerit alienatum*, y *l. 3, ff. qui sino manumissione.*

14 Exceptuados todos estos casos, Bártolo (*l. qui Romae, párrafo Flavius, ff. de verb. oblig.*), y la opinión más común entre los autores, citada y seguida por Covarrubias (*Var. Resol.*, I, cap. 14, núm. 7 y sig.), Julio Claro (*párrafo donat.*, q. 13, ver. pen.), Navarro (*Apolog., de redit. Eccles.* q. 1, núm. 71) y Molina (*De primog.*, IV, cap. 2, número 74), afirman que el donante podrá libremente desistir y revocar el gravamen, puesto en favor de tercera persona. Y lo demuestran. Primero, por la *l. 3, ff. de serv. export.; l. 1 y últ., C., si mancipium*, y *l. 3, ff. qui sine manumiss.*, donde consta que si un esclavo es vendido o donado con la carga y gravamen de que sea manumitido al pasar cierto tiempo, podrá libremente el dueño primitivo desistir antes de dicho tiempo, revocando el gravamen puesto en favor del esclavo; luego lo mismo ocurrirá en cualquier otro gravamen puesto en favor de cualquier otro tercero, mientras no sea aceptado por él.

Segundo, la *l. Arist., in princ., ff. de donat.*, la cual prueba que la donación, en cuanto contenga otros pactos, es un contrato innominado, por cuya razón, en cuanto a dicho pacto, será lícito el desistimiento; y así, si una persona ha donado a Sócrates un esclavo con la obligación de manumitirlo dentro de cinco años, al pasar dicho quinquenio podrá reclamarlo a Sócrates, volviendo a someterlo a esclavitud. Tal es la interpretación que dan Bártolo, Pablo de Castro y muchos otros de dicho texto, de acuerdo con la *l. 3, párr. 1, ff. de condict. causa data*, y la *l. si pecuniam, párrafo 1, cod. tit.*, que lo establece en términos expresos.

Tercero, dice Molina que cuando se done algo con un gravamen en favor de tercera persona, habrá dos donaciones: una, de la cosa donada; otra, del gravamen al tercero en cuyo favor se constituye. Luego así como la primera puede ser revocada mientras no se acepte, así también la segunda, mientras no sea aceptado el gravamen por el tercero. Pero este razonamiento no tiene la fuerza que parece tener a primera vista. En primer lugar, porque han de exceptuarse los privilegios concedidos por la *l. quoties, C., de donat. quae sub modo* a esta segunda donación, y no a la primera. En segundo lugar, que Bártolo y casi todos los demás defensores de esta opinión, creen que será aplicable

su tesis, aunque el tercero en cuyo favor se haya puesto el gravamen sea la Iglesia u otra causa pía, mientras que la donación hecha a una ciudad es válida, aun sin aceptación, como vimos en la disp. 263. Y probablemente, de acuerdo con lo que dicen los mismos Bártolo, Felino y Baldo (ibid.), respecto a la donación en favor de obras pías mientras no sea aceptada, habría que separarse de la opinión del mismo Bártolo y más común entre los doctores, que le siguen, cuando el gravamen se hubiera puesto en favor de obras pías.

15 La opinión contraria, es decir, que una vez hecha y aceptada la donación que lleve consigo un gravamen en favor de un tercero, no podrá el donante revocar dicho gravamen, aunque no haya sido aceptado por la tercera persona en cuyo favor se haya puesto, es la seguida por Rodrigo Suárez, Dueñas y otros a quienes cita Antonio Gómez (ad. 1, 40 de Toro, núm. 29), inclinándose a su opinión. Y aunque Rodrigo Suárez afirma que defiende la opinión común de los autores contra Bártolo, hay que reconocer con Antonio Gómez que la opinión de Bártolo es mucho más frecuente.

16 Estos autores prueban su opinión. Primero, por la *l. quoties, C., de donat. quae sub modo*. Pues dicha ley concede un derecho y acción al tercero, incluso antes de la aceptación del gravamen, siendo así que la donación no aceptada no suele parir acción ni derecho, como consta por lo dicho en las disputaciones anteriores; por lo que, como el derecho y la acción adquiridos por una persona no pueden revocarse, se deduce que tal gravamen será irrevocable.

Diremos, no obstante, que ello sólo prueba que no podrá revocarse efectivamente después de pasado el tiempo del cumplimiento, según lo que ya dijimos de acuerdo con los defensores de la opinión contraria. Pues sólo en dicho tiempo tendrá el tercero un derecho pleno y acción para reclamar el gravamen, según llevamos dicho, mas depen-

dientemente de que el donante no lo haya revocado antes, según prueban los demás textos citados.

En segundo lugar, alegan los defensores de la segunda 17
opinión la *l. 1, ff. qui sine manumiss.*, donde el jurisconsulto Paulo dice que si el esclavo fuese vendido con la condición de que sea manumitido al cabo de cierto tiempo, quedará libre aunque el vendedor desista. Mas la glosa de Acursio responde que se refiere dicha ley al desistimiento posterior al plazo fijado, en el que el esclavo ha adquirido la libertad, por lo que ya no podrá revocarlo.

Por todo lo cual creo que la opinión de Bártolo, siendo la más común, y apoyándose en leyes más recientes, debe ser aceptada.

Observa Covarrubias (loc. cit., núm. 8 al final) que 18
cuando el gravamen se haya puesto en favor de un heredero del donante, será válida en todo caso la revocación, incluso después de pasado el plazo en que debiera cumplirse el gravamen, y aunque éste hubiera sido aceptado por el heredero: todo lo cual es evidente por lo dicho en la disputación 196.

Finalmente, observaremos que en el Reino de Castilla, de acuerdo con el tantas veces citado Ordenamiento de Alcalá, todos están de acuerdo en que el gravamen impuesto, desde el momento en que haya sido aceptado a nombre del tercero por un particular cualquiera, no podrá ya ser revocado. E incluso según nuestra opinión y la de los demás autores que citamos en la disp. 263, por lo mismo que el gravamen haya sido impuesto por el donante con ánimo de obligarse, no podrá ya ser revocado, aunque no haya sido aceptado por nadie, ni se haya cumplido el tiempo en que deba cumplirlo el donatario, como es evidente por lo dicho en la misma disputación.



DISPUTACION CCLXVI

DE SI TIENE FUERZA DE OBLIGAR LA PROMESA INTERNA

Sumario:

1.—El acto interior no transmite el dominio; y la donación hecha en el fuero interno no es válida, ni transfiere el dominio de la cosa donada.

2 y 3.—Se prueba con dos argumentos.

4.—Para la transmisión del dominio es generalmente necesaria la tradición.

5 y 6.—Se refutan los dos argumentos propuestos.

7.—Es lícita la revocación de las promesas y donaciones puramente internas.

8.—De si, prescindiendo de la disposición del Derecho civil, la donación interna obliga en el fuero de la conciencia, de modo que el donante o promitente esté obligado a manifestar al donatario la donación, y que éste, por la fuerza de tal donación y promesa, adquiera un derecho a la cosa, como el que existe a los bienes del difunto.

9.—Se aprueba la sentencia afirmativa por seis argumentos, hasta el número 14.

15.—Se propone la opinión negativa y se expone a Santo Tomás.

16.—La promesa o donación solamente interna no tiene fuerza de obligar en el fuero de la conciencia, por Derecho natural, a no ser como condición, sin la cual no puede tener lugar su manifestación exterior.

17.—La promesa y las donaciones solamente internas obli-

gan en el fuero de la conciencia, si sólo se atiende al Derecho natural.

18.—Se refutan los seis argumentos anteriores, de modo que ambas opiniones son bastante probables. Item hasta el número 21.

1 Para empezar por la dificultad menor, diremos que Almayno (dist. 15, q. 2, *párr. circa istum*) y Tomás Argentino (*De matrimonio*, q. 1) afirman rectamente que el acto puramente interno no transmite el dominio y, por tanto, si una persona dice en su interior: Dono esta cosa a Pedro, no transmite su propiedad a éste. Sin embargo, se apoyan en argumentos débiles.

2 En efecto, alegan lo siguiente. Primero, que el consentimiento interno de los cónyuges no basta para contraer matrimonio, sin que, por tanto, los cónyuges tengan mutuo poder sobre sus cuerpos; luego tampoco la donación interna de una cosa cualquiera es suficiente para transmitir su dominio.

3 Segundo, las donaciones y los contratos dependen de las leyes civiles, para su validez. Es así que las leyes civiles sólo se refieren a los actos externos; luego la donación puramente interna es insuficiente para transferir el dominio.

4 Mas la razón legítima en virtud de la cual el mero acto interno no transfiere el dominio es que, como vimos en las disputaciones 2 y 3, y consta por la *l. traditionibus, C., de pactis* y la *l. quoties, C., de rel vendic.* y otros textos legales, para la transmisión del dominio es en general necesaria la tradición; y ésta es la razón de que no sólo la donación o contrato interno, sino que tampoco los externos, transmitan en general el dominio, a no ser que se celebre la tradición.

5 El primer argumento de Almayno y Argentino nada prueba, porque el matrimonio es un contrato bilateral, por lo que ambos consentimientos llevan la condición tácita de que consienta igualmente la otra parte; por cuya razón no se juzga perfecto el contrato si no se expresa el mutuo consentimiento y la mutua aceptación, pudiendo hasta entonces desistir del contrato cualquiera de los contrayentes, lo cual ocurre en todos los contratos bilaterales. De modo que si una persona se obligara por un acto puramente interno a casarse con una mujer, de modo que quisiera contraer gratuitamente esta obligación, sería cuando propiamente estaríamos en el caso que nos proponemos estudiar en esta disputación, por no haber contrato bilateral, sino una simple promesa causada por liberalidad.

Tampoco tiene valor el segundo argumento, porque las donaciones y contratos dependen de las leyes civiles únicamente en el sentido de que éstas pueden con justa causa invalidarlos, aunque sean válidos con arreglo al Derecho natural; pero no en el sentido de que ningún contrato o donación pueda ser válido, si no se estableciera antes alguna ley civil que los regule y declare válidos. Pues prescindiendo de toda ley civil, y atendiendo únicamente al Derecho natural, son válidas las promesas, compras y ventas, permutas y demás contratos, como es de suyo evidentísimo y lo reconoce la opinión común de los autores (1). 6

Pasando ya a la cuestión propuesta en el título, confesaremos que dicha cuestión tiene poca utilidad en la práctica. Como quiera que el Derecho civil, para el bien común del Estado, permite revocar las promesas y donaciones mientras no sean aceptadas, aunque se hayan hecho verbalmente y por escrito, y, por tanto, manifestado al exterior, como consta por lo que llevamos dicho en la disp. 263 y sig., es notorio que con mucha mayor razón, en virtud de la misma disposición del Derecho civil, será lícito revocar las promesas y donaciones meramente internas, cualquiera que sea el vigor que tengan para obligar, si se atiende únicamente al Derecho natural. E incluso, como quie- 7

(1) En estas dos afirmaciones está la esencia de la autonomía privada bien entendida, y de sus límites por *justa causa*. El pasaje es por demás interesante.

ra que la facultad de revocar las donaciones mientras no sean aceptadas es universal, las excepciones que hace el Derecho civil, o sea cuando la promesa o donación se haga a una ciudad, etc., ha de entenderse cuando dichas promesas o donaciones hayan sido hechas externamente, pues de lo contrario, si fuesen meramente internas, han de creerse comprendidas dentro de aquella autorización universal de revocar. Lo mismo cabe decir de la amplísima excepción establecida en el Reino de Castilla por el Ordenamiento de Alcalá, cuyas palabras citamos en la disp. 261, en toda la ley y, sobre todo, en aquellas palabras: "Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión, etc." Pues ello no puede saberse, si la promesa no se ha hecho externamente; por lo que respecto a la promesa meramente interna tiene aún vigor la disposición del Derecho civil común.

8 Por tanto, si alguna aplicación tiene hoy día la cuestión propuesta en la práctica, será únicamente cuando la promesa meramente interna sea en favor de alguna obra pía, y no se haya hecho voto, sino únicamente con ánimo de obligarse en favor de algún particular, y siempre de acuerdo con la opinión que abrazamos en la disp. 263, según la cual, en las promesas y donaciones en favor de obras pías, no tiene lugar la disposición del Derecho civil que permite en los demás casos revocar las promesas y donaciones, mientras no sean aceptadas.

Por tanto, lo que tratamos de discutir en este lugar es si, prescindiendo de la disposición del Derecho civil, y atendiendo únicamente al Derecho natural, la donación meramente interna, según la cual alguien dijera entre sí: dono tal cosa mía a Pedro, o prometo a Pedro que le daré tal cosa, obligará o no en el fuero de la conciencia al donante o promitente, de modo que esté obligado a manifestar a Pedro la donación o promesa hecha en tal forma, y a entregarle la cosa, si quiere recibirla y aceptar la donación o promesa; en el sentido de que Pedro adquiera un derecho a la cosa por la fuerza de tal donación o promesa que se le

hace internamente, del mismo modo que el heredero testamentario o abintestato lo tiene a los bienes del difunto por el mero hecho de su muerte. Pues aunque el heredero queda en libertad de adir, esto es, aceptar o repudiar la herencia, mientras no la repudie efectivamente, tiene un derecho a ella, debiendo comunicársele y ofrecérsele, para que decida si le conviene o no su adición.

Muchos autores, que no han atendido a la disposición antes citada del Derecho civil, desconociéndola en absoluto, han afirmado decididamente que la donación o promesa meramente interna obliga en el fuero de la conciencia, hallándose entre ellos Soto y Ledesma, en los lugares que luego veremos. Nosotros sólo discutiremos la cuestión dentro de los términos en que la hemos planteado.

Parece que puede probarse la tesis afirmativa. Prime- 9
ro, porque las voces y escrituras son símbolos de los conceptos, que no tienen fuerza de obligar más que en virtud del acto interior que expresan, y por la intención de la voluntad de obligarse y prometer (1); por cuya razón la Instituta, *de rerum divis., párr. per traditionem,* y en otros lugares, establece que "nada es tan conveniente con la equidad natural como cumplir la voluntad del dueño que quiere transmitir su cosa a otra persona". Y, ciertamente, si de la promesa externa o de la donación quitas la voluntad y la intención internas de obligarse, destruyes la obligación en el fuero de la conciencia; luego la donación o promesa meramente internas tienen de suyo fuerza de obligar en el fuero de la conciencia, no sólo cuando se hacen a Dios, sino también si se hacen a un hombre.

En segundo lugar, atendiendo únicamente al Derecho 10
natural, no es necesario para la validez de la promesa o donación, y para su irrevocabilidad, que sea declarada externamente, sino que el Derecho positivo lo ha introducido así

(1) En principio, porque, con *justa causa* y para el *bien común* puede el Derecho civil dar más valor a la voluntad declarada que a la verdadera, como vimos.

para el bien común, como condición generalmente requerida: sin que el Derecho positivo haya concedido a las donaciones que son válidas e irrevocables sin necesidad de aceptación dicho privilegio, por encima de su naturaleza, ni tampoco hubiera podido hacerlo, todo lo cual vimos extensamente en la disputación 263. Luego si los signos externos son necesarios para que obligue la promesa o donación, es solamente porque de otro modo no hubiera podido ser aceptada por el donatario, como no fuese el mismo Dios, que conoce los corazones; luego la promesa o donación meramente interna, atendiendo únicamente al Derecho natural, es válida e irrevocable, no sólo cuando se haga a Dios, sino también si se hace a un hombre. La consecuencia es evidente, porque la aceptación no es necesaria atendiendo únicamente al Derecho natural, para que obliguen la donación o promesa internas; y los signos externos no son necesarios más que para la aceptación y, por tanto, ambos requisitos son condiciones introducidas por el Derecho humano, para que obligue la donación interna (1).

11 Tercero. Si ayer por un acto interno has prometido algo a otra persona, o se lo donaste, y hoy se lo declaras verbalmente, sin realizar ninguna nueva promesa o donación, ni confirmar la anterior, de este modo: Ayer te prometí o doné tal cosa; tú dirás si das por ratificada la promesa o donación: ciertamente, si él acepta, permanecerás obligado; luego la promesa interior, por su propia naturaleza y atendiendo únicamente al Derecho natural, te obligaba. La consecuencia es evidente, porque la declaración verbal que hiciste no fué promesa ni donación y, por tanto, no te obliga; sólo fué el instrumento por el cual la promesa o dona-

(1) En principio, pues Molina no da al contrato la trascendencia que tendrá a partir de Grocio y los suyos. La supremacía del contrato es por esencia, consecuencia del individualismo y de concebir el orden jurídico como algo que sólo sirve para hacer posibles las libertades de muchos que han de coexistir necesariamente. En una concepción objetiva del Derecho, como es la de Molina, el contrato es un medio más para la realización de la Justicia y del Derecho.

ción interior fueron exteriorizadas, lo cual era necesario para que el donatario pudiera aceptarla; mas la aceptación es únicamente una condición introducida por el Derecho civil para que obligue la donación, si se prescinde de la cual y se atiende únicamente al Derecho natural, obligará igualmente la donación, como hemos dicho y demostrado.

Cuarto, la posesión se pierde por la simple voluntad de 12
no poseer, como consta por la *l.* 1, *párr. si vir.*, *l.* 3, *párr. in amittenda*, y *l. si quis*, 2, *párr. últ.*, *ff. de acquir posses.*, de lo cual tratamos ya en materia de posesión. Análogamente se pierde el dominio por la sola voluntad de renunciar a él, cuando se abandona al mismo tiempo la posesión, aunque no cuando ésta se conserve, como consta por la *l. si quis, párrafo últ. cit.*, y la glosa correspondiente; por cuya razón, inmediatamente que el dueño dé por abandonada una cosa, pierde su dominio, pasando al primer ocupante. Incluso sin acto interno de derelicción, se pierde el dominio por el ánimo cuasi habitual de abandonarlo, por cuanto el dueño se halla en tal intención, que si se le interrogase, respondería que deja la cosa libre al ocupante; por cuya razón la leña de poco precio que al desbordarse los ríos llevan consigo a gran distancia, de tal modo que puede presumirse que sus dueños no irán a buscarla, aunque sepan dónde está se tiene por abandonada, y pasa al primer ocupante; y las anclas abandonadas por sus dueños en los puertos, por no molestarse ni hacer gastos en recuperarlas, se tienen igualmente por derelictas, pasando al primer ocupante que las extraiga. Luego con igual razón la promesa o donación meramente interna será suficiente, atendiendo únicamente al Derecho natural, para que el donatario adquiera el derecho que explicamos a la cosa donada o prometida.

Quinto, aunque la promesa interna, digan algunos lo 13
que quieran, no puede suponer mentira, ya que la mentira exige implícitamente declaración exterior, distinta de la verdadera intención; no obstante, se dará infidelidad si no se

cumple lo prometido, del mismo modo que la hay en el voto o promesa interna hecha a Dios, según aquello del Eclesiastés, 5: “Si algo has prometido a Díos, no te demores en cumplirlo; pues al Señor le desplace el infiel y la promesa necia.” Luego, como quiera que la infidelidad es de suyo mala, si no hay causa legítima que excuse de su cumplimiento, se deduce que la promesa interna, atendiendo únicamente al Derecho natural, produce la obligación de cumplir lo prometido.

14 Finalmente, la promesa interior de cosa no ilícita, hecha a un hombre, si se confirma por juramento, aunque sea meramente interno, obliga bajo pecado mortal al cumplimiento de lo prometido, y ello no sólo en relación a Dios, para evitar que sea testigo de una promesa falsa e infiel, sino también por relación a la persona a quien se ha hecho tal promesa, que adquiere verdadero derecho a la cosa que se le debe, transmitiendo tal derecho a sus herederos; si bien puede perdonar toda la obligación, liberando de este modo absolutamente de toda carga procedente de dicha promesa confirmada por juramento al que se haya obligado de este modo, como vimos más extensamente en la disp. 149 y 150. Luego por un acto meramente interno, puede el hombre obligarse en favor de otro, atendiendo únicamente al Derecho natural en el fuero de la conciencia, derrumbándose, por tanto, el fundamento de los que afirman que la promesa meramente interna no puede obligar, atendiendo únicamente al Derecho natural y al fuero de la conciencia.

15 Santo Tomás (q. 88, art. 1.º) se inclina más bien a la opinión contraria. Dice, en efecto, que la promesa de un hombre a otro hombre no puede hacerse sino por medio de palabras o cualesquiera otros signos externos, mientras que a Dios se puede hacer simplemente por decisión interna, pues, como dice el libro I de los Reyes, 16, “los hombres ven las cosas aparentes, pero Dios conoce los corazones”. Y en la IV, dist. 38, q. 1, art. 1, q. 1, dice que no se puede uno obligar únicamente por su voluntad en favor de cualquiera, sino solamente en favor de Dios, que es quien conoce las voluntades. Y ésta es la opinión más común (1).

No obstante, Ledesma trata de exponer a Santo Tomás como si éste quisiera decir que la promesa no se puede hacer a un hombre por un acto meramente interno, de modo que el que prometió pueda ser obligado al cumplimiento de la promesa, por ser necesaria para ello la manifestación de ésta. Hubiera podido también decir que Santo Tomás se refiere al estado de cosas que produce la disposición del Derecho positivo, que ha quitado la fuerza de obligar de tal promesa, que es lo que, al parecer, presuponen muchos de los defensores de esta opinión.

Entre los que han tratado mejor esta cuestión, Soto 16
(*De iust*, IV, q. 5, art. 1 ad 1, y más extensamente en *De iust.*, VII, q. 2, art. 1 ad 1), después de proponer varios de los argumentos antes alegados, aunque no con tanta fuerza como nosotros les hemos dado, cree que la cuestión es dudosa y que ambas opiniones son probables. El se inclina más bien a que la promesa o donación meramente internas no tengan fuerza de obligar en el fuero de la conciencia, ni aun atendiendo únicamente al Derecho natural, a no ser como condición necesaria. Y de la misma opinión ha sido Vitoria en sus prelecciones sobre la 2.ª-2.ª La única razón en que se apoyan es que siendo natural al hombre declarar sus intenciones por palabras u otros signos externos, la promesa interna no podrá producir ninguna obligación mientras no se declare externamente.

Ledesma (2.ª-4.ª, q. 18, art. 1, duda 13) se inclina más 17
bien a creer que las promesas y donaciones internas obligan en el fuero de la conciencia, si se atiende únicamente al Derecho natural. Y yo creo que esta opinión la demuestran suficientemente los seis argumentos alegados en su favor. Según ella, no solamente los votos internos, esto es, las promesas de un bien mejor hechas a Dios, obligan, pues

(1) Parece bastante más razonable esta opinión de Santo Tomás, que da su justo valor a la voluntad declarada.

esto lo conceden todos, sino que también lo hacen las promesas meramente internas en favor de obras pías, no hechas a Dios, sino a los hombres; de modo que si alguno entre sí prometiera una limosna de diez escudos a un pobre, o a una huérfana en particular cien escudos para su dote por razón de su pobreza, quedaría obligado. Y lo mismo cabe afirmar de las promesas puramente internas en favor de obras pías, si la opinión que seguimos en la disp. 263 fuese la verdadera; es decir, si las donaciones externas en favor de obras pías no pueden revocarse, aunque no hayan sido aceptadas. Porque si, como otros afirman, se pudieran revocar, con mucha mayor razón podrán revocarse antes de la aceptación las que sean puramente internas.

18 Aquel a quien satisfaga más la opinión contraria por la autoridad de Santo Tomás y aquella razón de que la promesa o donación, para obligar, deben, por su misma naturaleza, poder ser conocidas por la persona a quien se hacen, lo cual no ocurre en la donación puramente interna hecha a otro hombre, podrá objetar a los tres primeros argumentos: que si bien en la promesa externa la fuerza de obligar procede de la promesa interna, en esta última falta la condición sin la cual no surge la obligación, o sea la manifestación al exterior, por defecto de cuya condición no puede obligar.

19 Al cuarto se podrá observar que si bien el acto interno basta para perder lo que uno tiene, no, en cambio, para transmitir un derecho a otra persona, si no se cumple la condición esencial de la manifestación externa.

20 Al quinto se contestará que la infidelidad en la promesa interna supone la obligación de cumplir lo prometido; mas así como esta obligación se da en el voto interno, que se refiere a Dios, no, en cambio, en la promesa interna hecha a un hombre, por falta de una condición indispensable, que es su manifestación externa. De aquí se deduce que no existe infidelidad alguna en el incumplimiento de tal promesa.

21 Respecto al sexto, no veo que se pueda decir otra cosa sino que dicha obligación, en orden a la persona en cuyo favor se haya hecho la promesa confirmada por juramento, procede del juramento mismo, que obliga en relación a Dios, y que por esta razón, como algo accesorio al juramento y concomitante con él, resulta del acto meramente interno la obligación en favor de otro hombre (1).

(1) Esta disputación es muy significativa. MOLINA acaba por reconocer la probabilidad de dos tesis contradictorias, y él mismo facilita argumentos para las dos. Las materias morales son, fuera de los primeros principios y sus consecuencias inmediatas, solamente *probables* en la mayoría de los casos. De aquí la trascendencia de un buen arbitrio judicial, que pueda y sepa captar en cada *causa* hasta el último matiz, fallando en fin según su bien formada conciencia.



DISPUTACION CCLXVII

HASTA QUÉ PUNTO DEBE SER DELIBERADA Y ESPONTÁNEA LA PROMESA PARA QUE OBLIGUE

Sumario:

1.—Para que sea válida la estipulación o promesa es necesario que sea un acto humano plenamente deliberado.
2.—Razón de esta exigencia.
3.—Si la involuntariedad mixta que mueve a una promesa procede únicamente por ocasión de la maldad ajena, sin que nadie se haya propuesto conscientemente conseguir dicho efecto, será válida tal promesa.
4.—El miedo reverencial, si produce involuntariedad mixta, anula la promesa o estipulación.
5.—En el fuero de la conciencia, aunque el miedo no sea el suficiente para hacer caer a un varón constante, si efectivamente produce involuntariedad mixta, anula la promesa.

PARA la validez de la promesa o estipulación (y lo mismo 1
cabe decir en la donación completa), es necesario, en primer lugar, que sea un acto humano plenamente deliberado. Por esta razón, las promesas y estipulaciones de los que no tienen uso de razón son absolutamente inválidas, como consta por el *párr. furiosus*, y el *párr. pupillus, I., de inutil. stip.*, y la l. 4, tít. 11 de la Partida V, siendo de suyo evidentísimo.

Asimismo, si proceden de una persona que tenga uso de

razón, pero no son plenamente deliberadas, son también inválidas, como afirman, con razón, los doctores comúnmente, por no ser actos íntegramente humanos. Obsérvese, no obstante, que la plena deliberación, que bastaría en materia de culpa grave para que el consentimiento fuese pecado mortal, como, por ejemplo, si una persona, movida de súbita ira, pero sabiendo lo que hacía, hiriese gravemente a otra, bastará también para que la promesa, lo mismo si se hace a Dios que a un hombre, sea obligatoria. Creo que ésta es la mejor regla que se puede dar para decidir si obligan o no el voto o la promesa hecha a un hombre por razón de su deliberación. Por lo cual será rara vez nula la promesa externa por falta de deliberación plena. En todo lo cual está de acuerdo Navarro (*cap. non dicatis*, núm. 67, *párr. addo decimo tertio*, y *Manual*, cap. 12, núm. 24), probándolo doctamente.

Es también necesario para la validez de la promesa o estipulación (y lo mismo cabe decir de la donación completa) que no se haya obtenido por miedo, dolo o violencia, causada por aquel a quien se hace la promesa o por cualquier otra persona que se haya propuesto lograr dicha promesa. Así consta en la l. 28, tít. 11 de la Partida V, y la *l. dolo, C., de inutil. stipul.*, declarándolo Santo Tomás en la 2.ª-2.ª, q. 89, art. 7 ad 3.

Y lo que afirma la l. 28 cit., que la promesa extraída por violencia, miedo o dolo, aunque se confirme por juramento, no obliga, es falso, sin duda alguna, de acuerdo con lo que dijimos en la disp. 149, y lo que afirma Santo Tomás (ad 3 cit.), a no ser que se relaje previamente el juramento, o que se perdone la obligación de cumplirlo por la persona beneficiada. Véase Gregorio López en su comentario a la misma ley.

En cambio, es verdad lo que añade posteriormente la misma ley; es decir, que si cesare después el miedo, dolo o violencia y el que prometió cumpliere la promesa, el adquirente no estará obligado a restituir lo así recibido; en el

fuero externo, porque se presume la voluntad de donar, confirmando la promesa anterior; y así lo establece también la *l. si per vim, C., de iis quae vi metusve causa fiunt*. Y también en el fuero de la conciencia si consta el ánimo de cumplir la promesa; pero si se cumple involuntariamente, porque el promitente creía erróneamente estar obligado a cumplirla o por otra causa análoga, el adquirente estará obligado en el fuero de la conciencia a restituir lo que así haya recibido.

La razón de todo ello es, por una parte, que la equidad 2
no sufre que nadie pueda sacar provecho de la iniquidad, ni para sí ni para otra persona a quien trate de proporcionárselo por este medio; y así ocurriría si el que ha prometido de este modo estuviera obligado a cumplir su promesa. Por otra parte, esta involuntariedad mixta de la promesa se ha causado por injusticia y por una persona que procura injustamente dicho efecto; mas la voluntariedad mixta no basta para transmitir el dominio o un derecho a otro patrimonio, sobre todo por mera liberalidad, como es de suyo notorio.

Pero si la involuntariedad mixta, en virtud de la cual 3
se hace una promesa, sólo toma ocasión de la maldad de otro que no tiene la menor intención de producir dicho efecto, será válida la promesa. Por ejemplo, si una persona, hallándose en peligro de ser muerta injustamente por otra, hace un voto a Dios para que la libre de este peligro, será válida tal promesa, porque, aunque la produce el miedo, su involuntariedad sólo procede de la muerte injusta inminente, a manera de ocasión. Y análogamente sería válida la promesa en virtud de la cual se prometiera algo a otro hombre para librarse del mismo peligro por medio de su ayuda, porque también esta involuntariedad no sería intencionada, sino que únicamente tomaría ocasión de la maldad de otro.

Asimismo, cuando el miedo sea causado justamente, será válida la promesa, aunque proceda de él, y aunque se haga a la misma persona que causa el miedo. Así, si una persona

promete algo a otra para que perdone una justa pena a él mismo o a otro, será válida la promesa, con tal que el que perdona tenga el derecho de hacerlo, y a recibir en cambio tal premio o recompensa.

4 Hemos de hacer dos observaciones: Primera, que también el miedo reverencial, que es el que tienen con frecuencia el hijo o la hija a su padre, la esposa al marido, el sirviente o el vasallo a su señor, el clérigo al Obispo y el liberto al patrono, si llega a causar involuntariedad mixta, anula la promesa o estipulación, como se deduce de la *l.* 1, *párr. quod onerandae,* al final, y su glosa, *ff. quarum rerum actio non datur.* Porque el miedo reverencial se equipara con razón en este punto al miedo causado por amenaza. Así lo afirman Silvestre (*verb. restit.*, 2, pron. 7), Navarro (*Manual,* cap. 12, núm. 52, y *cap. non dicatis,* núm. 67). Véanse también los textos y autores que él cita.

5 Segunda, en el fuero de la conciencia, aunque el miedo no sea bastante para hacer decaer a un varón constante, si efectivamente ha producido involuntariedad mixta en la promesa, la anulará, como rectamente observa Silvestre (pron. 7 cit. y sig.), de acuerdo con Navarro (párr. cit.), porque para la nulidad de la promesa lo que interesa es si ha habido o no involuntariedad mixta. Mas en el fuero externo, cuando el miedo sea leve, no bastando para impresionar a un varón constante, no bastará para anular la promesa, porque se presume que un miedo tan leve no causa involuntariedad mixta, como dice rectamente Navarro (loc. cit.) (1).

(1) En toda esta materia se ve hasta qué punto nuestro Derecho actual está empapado de esencias cristianas, que dulcificaron el extremado rigor de muchas disposiciones del Derecho romano clásico.



DISPUTACION CCLXVIII

DE SI ES VÁLIDA LA PROMESA O ESTIPULACIÓN DE COSA INCIERTA, DE UN ACTO AJENO, DE COSA SAGRADA O PÚBLICA O DE UN HOMBRE LIBRE

Sumario:

1.—Cuando se promete algo tan incierto que ni siquiera por medio de las circunstancias se puede llegar a saber qué o cuánto es, será inválida la promesa.

2.—Cuando por urbanidad y para complacer, más bien que para obligarse, se ofrece algo en términos generales, no surge obligación.

3.—En las promesas hechas en términos generales habrá de juzgarse en el fuero externo por las circunstancias cuándo se han hecho con verdadero ánimo de donar y cuándo solamente por urbanidad y para complacer.

4.—Si alguien promete un acto de otra persona, será inútil la promesa. Item por Derecho de Castilla.

5.—Quid si el que ha prometido procurar que otra persona haga determinada cosa, ha sido negligente en procurarlo.

6.—Se proponen cinco casos, en los cuales obliga la promesa de un acto ajeno.

7.—La promesa de cosa sagrada o religiosa, lo mismo que de cosa pública destinada al uso común de todos, es absolutamente inválida.

8.—Cuatro observaciones respecto a la promesa de cosa sagrada.

1 Por lo que toca a la primera cuestión, cuando se prometa algo tan incierto que ni aun por las circunstancias se pueda llegar a saber qué o cuánto es lo prome- sobre todo si.
tido, será inválida la promesa o estipulación, conforme al rigor de las palabras, el que prometió pudiera hacerlo de modo que el cumplimiento fuera inútil para la otra persona; así, si se promete trigo sin determinar la cantidad, se cumpliría entregando unos cuantos granos, o si se promete un animal, bastaría entregar una mosca u otro animal de escaso valor para cumplir la promesa. Y análogamente, edificar una casa, sin expresar el lugar ni la magnitud, etc. Así se deduce de la *l. triticum, l. ita stipulatus, in princ., ff. de verb. oblig.; l. 2, párr. si quis insulam, ff. quod certo loco; párr. gener., ff. de iure dotium*; l. 1, tít. 11 de la Partida V, y otros textos legales. Pero si el yerno ha estipulado con su suegro que la dote se le pagará determinado día, designado por el suegro libremente, establece el *párr. gener.* que será válida, no obstante, la estipulación; pero no se estará al arbitrio del suegro, sino que deberá entregar una dote adecuada a la cuantía de sus bienes y al estado del yerno, considerando todas las demás circunstancias. La razón que allí se da es que el padre está obligado a dar esta dote a su hija, aunque no haya precedido estipulación alguna.

Mas cuando conste por las circunstancias concurrentes lo que se quiso prometer, habrá obligación, incluso en el fuero externo, de pagar lo prometido, aunque las palabras sean ambiguas y, ateniéndose únicamente al rigor de ellas, el cumplimiento fuese inútil, como consta en la *l. triticum* cit. Mas en el fuero de la conciencia deberá estarse a la intención del promitente, y siempre que éste haya querido prometer algo útil, estará obligado a ello en el fuero de la conciencia. Mas en el fuero externo, si la persona a quien se hizo la promesa se remite al juramento del promitente, estará obligado éste a cumplir la promesa según su intención. Y la glosa marginal a la *l. triticum*, de acuerdo con el Arce-

diano y otros, afirma que por equidad canónica la persona a quien se haya hecho tal promesa podrá siempre pedir que decida el arbitrio de un varón prudente lo que en casos semejantes debe pagar el promitente. Véase sobre todas estas cuestiones lo que dijimos en la disp. 98 acerca de la cuestión semejante del legado de cosa incierta (1). 2

Cuando la promesa se haga más bien por urbanidad y para complacer que con ánimo de obligarse, ofreciendo algo en términos generales, no surge obligación. Por ejemplo, si una persona pide algo y otra se lo otorga, añadiendo a continuación: Ya sabes que todos mis bienes te pertenecen y que puedes hacer con ellos lo que quieras; o sin que nada se le pida dijese: Todos mis bienes están para tu obsequio y puedes hacer de ellos lo que quieras. Así lo afirma el Panormitano (*cap. cum venissent, de inst., núm.* 5), y Felino (*cap. cum iuramento, de homicidio*), con Navarro (*de datis et acceptis, mon.* 11, *núm.* 23) y otros a quienes él cita, basándose en el *cap. cum venissent* cit., y en otros textos análogamente citados por Navarro. 3

Obsérvese, no obstante, que en estas obligaciones expresadas en términos generales, habrá de juzgarse en el fuero externo, por la forma de hablar, la cualidad de las personas y las demás circunstancias concurrentes, si la promesa se ha hecho con verdadero ánimo de donar, o únicamente por urbanidad y para complacer, sin ánimo de donar. En efecto, a veces ni siquiera lo que se ha pedido en particular se considerará donado por la promesa general, mientras que otras veces, en realidad ha de juzgarse prometida en términos generales la autorización para tomar de los bienes propios lo que se quiera. Creo que no hay otra regla mejor en este punto, que el prudente arbitrio según las circunstancias. De este modo se pueden concordar Navarro (loc. cit.), que afirma que lo pedido en particular se considera donado por la pro-

(1) Molina reconoce, pues, que en el fuero externo civil no siempre se puede atender a la verdadera voluntad eterna, sobre todo siendo claros los términos de la declaración. La seguridad jurídica lo exige.

23

mesa general, y Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, número 5 al final), que lo niega. En el fuero de la conciencia, en cambio, deberá estarse a la intención del promitente, para decidir si lo hizo con ánimo de donar, o únicamente de complacer y hablar con urbanidad (1).

4 Por lo que toca a la segunda cuestión propuesta, afirmaremos que si se promete un acto de otra persona, es nula la promesa o estipulación. Así, si Pedro promete a Francisco que Juan le dará ciento, o que Juan le hará esto o aquello, será inválida tal promesa. Pero si Pedro promete a Francisco que él se encarga de procurar que Juan le dé o le haga esto o aquello, será válida tal promesa, porque ya lo que se promete es un acto propio, como es el procurar otro acto de Juan. Así consta en el *párr. si quis alienum*, y *párr. versa vice, I., de inutil. stipul.; l. stipulatio ista, in princ., l. ita stipulatio, párr.* 1; *l. inter stipulantem, l. si ita stipulatus, párr.* 1, *ff. de verb oblig.; l. últ., párr. últ., ff. si certum petatur*, y l. 11, tít. II de la Partida V. Y así lo afirman Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, part. 2, párr. 5, núm. 1), y los autores, en general, citados y seguidos, entre otros, por Gama (*Decis* 32, núm. 2).

No obstante, actualmente en el Reino de Castilla, en virtud del Ordenamiento de Alcalá, existe la misma obligación cuando uno prometa un acto ajeno, que si hubiera prometido hacerlo él mismo, quedando así derogada, y con razón, aquella sutileza del Derecho común. Así consta, porque según dicha ley, no se admite la excepción de haber prometido un hecho ajeno, como se deduce de aquellas palabras que citamos en la disp. 254: "o que se obligó alguno que daría otro, o que haría alguna cosa", y lo mismo afirma Gregorio López (ad. l. 11 cit.). Y Covarrubias (núm. 1 cit.) (de acuerdo con la glosa al cap. *Eleutherius*, dis. 91) de acuerdo con el Panormitano, Felino y otros a quienes cita, dice que lo mismo ocurre por equidad canónica, e incluso en las causas matrimoniales por Derecho civil.

(1) MOLINA insiste en esta primacía de la voluntad declarada, al revés de lo que ocurre en el fuero de la conciencia. Es evidente, por lo demás, lo bien fundado de su posición al sostener que en todas estas cuestiones es muy superior un buen arbitrio a todas las reglas generales, que nunca pueden ser completas.

Y si el que prometió que procuraría que otro haría cual- 5
quier cosa o, en general, por Derecho de Castilla y por equidad canónica, el que haya prometido un hecho ajeno (así como en el fuero de la conciencia en cualquier parte, como dice Covarrubias, ibíd., núm. 2, si al prometer el acto ajeno entendió obligarse de este modo) fuese negligente en el cumplimiento, se le obligará a cumplirlo él mismo, y si no pudiere hacerlo, a indemnizar los daños y perjuicios causados por consecuencia al incumplimiento. Así consta en la l. 11 cit. de las Partidas, de acuerdo con Decio y otros citados y seguidos por Gama (núm. 2 cit.), y mucho más copiosamente por Covarrubias (*ubi supra*, núm. 3 y sig.). Pero si el promitente ha hecho lo que estaba de su parte para que el otro cumpliese, y no ha dependido de él, sino de algún impedimento legítimo que no se hiciera más, afirma la opinión más común, citada y seguida por Gama, Gregorio López y Covarrubias (loc. cit.), que no tendrá obligación alguna, basándose en la *l. últ., párr. penúlt., ff. ad legem Rhodiam de iactu maris*, y otros textos legales. E incluso si hubiere prometido alguna indemnización, no estará obligado a pagarla, por no haber transgredido la obligación a cuyo cumplimiento se vinculó con una sanción penal.

Mas cuando haya prometido no solamente procurar el acto ajeno, sino también lograrlo y conseguirlo, me satisface la opinión de Covarrubias (núm. 3 cit. y sig., y los demás autores que él cita) (digan lo que quieran otros en contrario), o sea que estará obligado a la indemnización de daños y perjuicios, o a la sanción penal, si la hubiere, siempre que no lo consiga; pues cuando hay cláusula penal se entiende que ésta sustituye a la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Y esto es lo que terminantemente establece la l. cit. de Castilla. Lo cual ha de entenderse, no obstante, a no ser que conste por las circunstancias que el pro-

mitente no quiso obligarse a nada en caso de no conseguirlo, sino que únicamente afirmó que procuraría con sus ruegos y astucia lograr el hecho ajeno, y para demostrar la voluntad y diligencia que pensaba poner en ello, hubiera puesto tales cláusulas.

En el fuero de la conciencia deberá estarse siempre a la intención del promitente, a no ser que supiera ciertamente que no iba a conseguirlo, o lo dudase, decepcionando de este modo con su promesa a otra persona, moviéndola tal vez a hacer un contrato oneroso que de otro modo no hubiera otorgado. Por ejemplo, podrá ocurrir que alguien tome por esposa a una mujer, por habérsele prometido obtener para él un empleo del Rey, llegando a convencerle de la certeza de ello, siendo así que el promitente no la tenía; en tal caso, estará obligado a indemnizar el valor que hubiera representado dicho empleo. Véase sobre todo esto Maranta (disp. 7), que está casi de acuerdo en todo con nosotros (1).

6 Por Derecho común existen algunos casos en que obliga la promesa, aunque sea de acto ajeno. Primero, cuando el promitente se haya obligado a una sanción penal en caso de incumplimiento. No estará obligado a indemnización de daños y perjuicios, a no ser que la haya prometido expresamente, pero sí al pago de la pena. Así consta por la *l. stipulatio ista, in princ., vers. últ., ff. de verb. oblig.*, y *párr. versa vice I., de inutil stipul.*, afirmándolo la glosa al *párr. si quis alium. I., eod. tít.* La razón es que, como observa rectamente Covarrubias (loc. cit.), lo que entonces se promete no es un acto ajeno, sino el propio, si la tercera persona no hace lo prometido. Y propiamente no se trata aquí de una sanción penal, sino de una compensación de que el otro no quiera hacerlo. Por lo que la pena se deberá aunque no haya intervenido culpa alguna.

Segundo, cuando se haya prometido algo que deban hacer los herederos del promitente, los cuales están obligados a hacerlo, como consta por la l. 11, tít. II de la Partida V, y la *l. últ., C., de contrahenda stipul.*, donde se establece también que si alguno prometiere que al morir mandará edificar una casa para otra persona, será válida la promesa, debiendo cumplirla los herederos. Lo mismo establece el *párr. ita autem, I., de inutil stipul.*

(1) Cfr. el Estudio Preliminar.

Tercero, si alguno prometiere en juicio que otro tendrá por ratificado algún acto, será válida la promesa, y si la otra persona no comparece para ratificarla efectivamente, el promitente estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios. Así consta por la ley citada de las Partidas; la *l. quoties quid, ff. de verb. oblig.*, y *la l. 2, ff. rem ratam habere*. La razón, según Covarrubias (loc. cit., núm. 7), es que en estas estipulaciones el Derecho presume que quien promete un acto ajeno se compromete a indemnizar los daños y perjuicios causados en caso de incumplimiento.

Cuarto, en la promesa o estipulación de que el patrimonio del pupilo quedará indemne, como consta por la l. 11 cit de las Partidas, y la *l. praetoriae, ff. de praetor. stipul.*

Quinto, cuando se haya prometido por juramento el hecho ajeno, pues, entonces, debiendo presumirse que no se quiere incurrir en perjurio, debe creerse que se prometió lo que estaba en su mano, o sea el procurarlo. Así lo afirma la adición a la glosa al *párr, si quis alium, I., de inutil. stip.*; el Panormitano, Felino y la opinión común, citada y seguida por Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, part. 2, párr. 5, número 2), y Gregorio López (l. 11 cit.). Véase sobre estos y algunos otros casos la glosa al *párr. si quis alium cit.*

Por lo que toca a las demás cuestiones propuestas, dire- 7
mos que la promesa de cosa sagrada o religiosa e igualmente de cosa pública, destinada al uso común de todos, todas las cuales, de acuerdo con lo que dijimos al final de la disp. 12 y en la disp. 69, no pueden ser poseídas por la persona a quien se prometen, es absolutamente inválida. Lo mismo cabe decir de la promesa de entregar como esclavo un hombre libre. Así lo establece el *párr. 1, I., de inutil. stip.; l. inter stipulantem, párr. sacram., ff. de verb. oblig.*, y la l. 22, tít. 11

de la Partida V. Y aunque cualquiera de estas cosas cuya promesa es inválida cambie de naturaleza jurídica, pasando de pública a privada, o de hombre libre a esclavo, la promesa seguirá siendo inválida, y no se convalida. Y si la cosa en el momento de ser prometida podía serlo válidamente, aunque después cambie de estado, adquiriendo el esclavo la libertad, o pasando la cosa que era privada y profana a pública o sagrada, quedará anulada tal promesa. Todo ello consta en el *párr. neque implenti*, y *párr. item contra, I., de inutil stip.*; *l. inter stipul., párr. sacram, ff. de verb. oblig.*, y la l. 22 cit.

Respecto a las promesas de cualesquiera otras cosas que no puedan ser poseídas por la persona favorecida, sobre si es válida o no tal promesa, cabe decir lo mismo que dijimos al final de la disp. 196 sobre los legados de estas mismas cosas.

8 Haremos algunas observaciones más. Primera, que si el esclavo es libertado por el mismo que lo prometió, o análogamente, la cosa privada pasa a pública o sagrada por su culpa, anulándose de este modo la promesa, subsistirá la obligación de indemnizar su valor, como es evidentísimo de suyo, y se deduce del *párr. item contra* cit.

Segunda, si la cosa es en parte sagrada, y en parte no, como ocurre en un cáliz respecto a la plata, o en casos análogos, será válida la promesa de cosa sagrada, en la parte que no lo sea. Así lo afirma la glosa al *párr. 1, verb. relig. instit., de inutil. stipul.*

Tercero, aunque la promesa de un sepulcro es inválida, por ser el sepulcro cosa sagrada, la promesa o donación del derecho de sepultura, o de enterrar los muertos en un sepulcro, será válida, análogamente al legado de estos derechos, que pueden ser poseídos por un laico, como afirmamos en la disp. 188, de acuerdo con Molina (*De primog.*, lib. 1, cap. 24, núm. 35 y sig.). Mas aunque el derecho de sepultura se puede conceder, prometer, donar y legar, no se puede, en cambio, vender, por equipararse a las cosas sagradas, a los efectos de ser simonía su tráfico, como consta por el *cap. postquam, XIII*, q. 2, y la l. 1, tít. 13 de la

Partida I, afirmándolo Gregorio López en su comentario y Molina (loc. cit., núm. 40).

Cuarta, aunque la promesa de entregar un hombre libre o una cosa sagrada o pública, es inútil, si a título oneroso, es decir, en compensación a otra prestación, se prometiere alguna de estas cosas, el promitente estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios, es decir, a abonar el lucro cesante por consecuencia de que el esclavo no lo sea, ni la cosa resulte comerciable; estando obligado a responder del mismo modo que en caso de evicción (1). Así lo afirma la glosa al *párr. 1, l. de inutil. stip.*, Gregorio López en su comentario a la l. cit., y comúnmente los autores. Pero si la promesa se hiciere a título lucrativo, no existirá obligación alguna, a no ser que se hiciera dolosamente y se produjesen algunos daños.

(1) MOLINA se afirma en su defensa del interés contractual negativo, siempre que se le presenta ocasión para ello.



DISPUTACION CCLXIX

DE SI ES VÁLIDA LA PROMESA DE COSA QUE SÓLO EXISTA EN LA ESPERANZA, Y PARA QUIÉN PERECE LA COSA PROMETIDA

Sumario:

1.—Es válida la promesa de cosas futuras.

2.—Los frutos de la cosa prometida deben entregarse cuando se hallen en estado de poder hacer su traspaso.

3.—Cuando la cosa prometida sea cierta individualmente, y también el plazo de su entrega, perece para el acreedor, si se destruye antes de dicho plazo sin culpa del deudor, sin que éste tenga obligación alguna.

4.—Análogamente, cuando se haya prometido una parte determinada de un todo cierto, si éste perece.

5.—Cuando ha sido prometido un esclavo determinado, y antes de que el promitente se haya constituído en mora le mata, si este homicidio se ha cometido por consecuencia de un delito cometido contra el mismo promitente, éste no tiene obligación civil alguna.

6.—*Quid* cuando la cosa prometida sea indeterminada individualmente, y muchas otras de la misma especie perezcan casualmente para el promitente.

7.—*Quid* cuando alguien se haya obligado bajo sanción penal a la entrega de una cosa en tiempo determinado, ya sea la cosa individualmente determinada o indeterminada.

POR lo que toca a la primera cuestión, afirmaremos que 1
es válida la promesa de cosas futuras esperadas, por ejemplo, de los frutos que produzca una finca, del próximo hijo de una esclava o de un animal, etc. Se pre-

sume la condición tácita de si nacieren o fueren percibidos, pues de otro modo no se deben, a no ser que por culpa del promitente no nazcan o no se puedan percibir; cuya culpa ha de ser grave, si la promesa es gratuita, como establece la ley citada de las Partidas, que dice que el promitente responderá únicamente de dolo: luego también de la culpa lata, que se equipara al dolo. Todo lo cual tratamos en la disp. 200, al hablar del legado de cosas análogas. Y, por lo que se refiere a la promesa, consta en la l. 20, tít. 21 de la Partida V; *l. interdum*, y *l. inter stipulantem, párr. sacram., vers. si stipulatus, ff. de verb. oblig.*

2 Los frutos prometidos han de entregarse cuando lleguen al estado conveniente para que ello pueda hacerse, como consta en la l. 20 cit. Donde dice rectamente Gregorio López que los frutos deberán entregarse cuando suela hacerse por la costumbre, según su clase. Los partos de los animales no deben ser separados de la madre y entregados hasta que ello pueda hacerse sin peligro; y como quiera que el hijo de la esclava puede ser amamantado por otra mujer, deberá serlo por su propia madre mientras no se pueda encontrar otra, debiendo después ser lactado y educado a expensas del donatario, todo lo cual deberá éste pagar al dueño de la esclava, si no se pudiera encontrar otra, siendo necesario que lo atienda su propia madre.

3 Por lo que toca a la segunda cuestión, cuando la cosa prometida sea individualmente cierta, siendo igualmente cierto el plazo en que deba entregarse, si perece antes de dicha fecha sin culpa del deudor (que igualmente será culpa lata cuando se trate de promesas gratuitas, según lo que dijimos poco antes), perecerá para el acreedor, sin que el promitente tenga responsabilidad alguna. Así consta por la *l. penúlt., ff. de solut.*, l. 18, tít. 11, y l. 9, tít. 14 de la Partida V, de acuerdo con otros textos legales, y por la razón evidente de que sólo aquella cosa era la que se debía.

Si algo quedare de la cosa, de la misma naturaleza de la que tenía anteriormente al perecimiento; v. gr., si la cosa

prometida era una nave o una casa y quedasen tablas, leños o piedras, todo ello se deberá al acreedor, según lo que dijimos en la disp. 194 respecto al legado de cosas semejantes. Pero si lo que quedase fuera de distinta naturaleza, por ejemplo, las carnes del animal prometido, creo que no se deberán al acreedor, según lo que allí mismo dijimos, perteneciendo al promitente.

Lo mismo cabría decir si no hubiera un plazo fijo para pagar la cosa cierta prometida individualmente, cuando muriere antes de ser reclamada, sin culpa lata del promitente. Mas cuando la cosa está determinada individualmente, y se ha prometido a plazo fijo, si muere después de dicha fecha; o cuando la cosa prometida sin plazo fijo perece después de haberla reclamado razonablemente el acreedor, si el promitente no se ha visto legítimamente impedido de entregarla y, por tanto, ha incurrido en culpa no haciéndolo, estará obligado a pagar su valor. Todo lo cual consta en la l. 18 cit. y otros textos legales. Mas si hubiere algún legítimo impedimento, de modo que no fuere culpable por no entregarla a tiempo, perecerá para el acreedor, como establece la misma ley, y la *l. quod te mihi, ff. si certum petatur* y *l. últ., párr. pen., ad l. Rhodiam de iactu*, de acuerdo con la *l. cum res, in princ., ff. de legat.*, 1, afirmándolo Bártolo y otros a quienes citan y siguen Gregorio López (l. 12 cit.) y Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, part. 2, párrafo 5, núm. 4 y sig.).

Análogamente sucederá cuando se haya prometido una parte indeterminada de un todo determinado, si este todo perece. Así, si se promete un modio del trigo que se transporta en una cierta nave, y perece ésta, no existirá obligación alguna. Así se deduce de la *l. in navi, ff. locati*. Pues existe la misma razón que cuando se haya prometido una cosa determinada. 4

Cuando la cosa prometida sea un esclavo individualmente determinado, y el promitente, antes de haberse constituído en mora, le mata, si lo hace por un delito del esclavo con- 5

tra el promitente, que mereciere tanta pena, no existirá responsabilidad civil alguna; v. gr., si le mata por hallarle en adulterio con su mujer, o en concubinato con su hija, como consta en la l. 19, tít. 11 de la Partida VI. Lo cual es indudable si lo hizo por autoridad pública, y la ley citada lo afirma incluso cuando la haga por propia autoridad. Lo cual no carece de probabilidad, porque si se tratase de un esclavo ajeno, no estaría obligado a pagar su valor, pudiendo, con razón, objetar que era una pena merecida, siendo justo que todo el daño que haya causado con tal homicidio le sea perdonado por pública autoridad en compensación a la gravísima injuria recibida del esclavo, para que los demás hombres se abstengan en adelante de tales delitos. Además, cuando el esclavo era suyo y lo ha prometido gratuitamente a otro, no pudo obligarse por su voluntad a que si tuviera que matarle por tal causa, estuviese obligado a indemnizar su valor al donatario. Y esto es, sin duda, lo que quiso establecer aquella ley de Castilla.

6 Cuando la cosa prometida sea individualmente indeterminada, el promitente no se libera por el hecho de que perezcan muchas cosas de la misma especie que él tuviera, por caso fortuito; así consta por la *l. incendium, C., si certum petatur.* Exceptúase el caso de que caiga en tal estado de pobreza que haya de creerse que no pretendió obligarse en tal caso, según lo que diremos en la disp. 262, de la lícita revocación de la promesa.

7 Obsérvese, finalmente, que cuando una persona se obligue bajo sanción penal a pagar algo a plazo fijo, sea una cosa individual determinada, sea indeterminada, y sea o no cierta en especie o sólo en el género, si no pudiere cumplir sin culpa de su parte, por surgir un impedimento o perecer, de acuerdo con lo que llevamos dicho, la cosa prometida, el promitente no estará obligado a pagar la pena, porque el deudor se excusa de las penas, aunque sean convencionales, cuando el incumplimiento no dependa de él, como rectamente afirma, con otros autores, Covarrubias *(cap. quamvis*

pactum, part. 2, párr. 5, núm. 4 y sig.), digan otros lo que quieran en contrario. Exceptúase el caso de que se pacte expresamente que en cualquier caso exista la obligación de pagar, de modo que ya no tenga el carácter de verdadera pena, sino solamente su nombre, siendo una forma de indemnizar, exigible aun sin culpa. Mas ha de verse en cada caso si permaneciendo la obligación de pagar la deuda principal, tal pena tendrá o no el carácter de usura, siendo por tanto ilícita, pues no podrá admitirse, ni en concepto de pena ni en compensación al daño emergente o al lucro cesante, ni por ningún otro justo título. Mas si hubiere algún justo título para ello, podrá justamente ser exigida y recibida



DISPUTACION CCLXX

DE LA PROMESA DE PAGAR LAS DEUDAS AJENAS, O DE PAGAR LAS PROPIAS EN PLAZO DIFERENTE O EN LUGAR DISTINTO. Y DE LA PROMESA DISYUNTIVA O COPULATIVA, Y DE COSA INCIERTA POR DETERMINADAS RAZONES

Sumario:

1.—Cuando alguien haya prometido que pagará las deudas de otro a un tercero, contrae obligación civil, aunque la promesa se haga entre ausentes, por carta o de cualquier otro modo, dándose acción contra él.

2.—Las palabras del promitente han de ser suficientemente expresas.

3.—*Quid* si una persona se constituye deudor a sí mismo y a un tercero.

4.—*Quid* cuando la promesa sea disyuntiva; es decir, de dos o más cosas.

5.—La opción es del donatario, cuando la disyunción se haya puesto manifiestamente en su favor.

6.—*Quid* cuando se haya prometido una cosa individualmente determinada; pero sin que esté claro cuál es exactamente entre dos o más.

7.—Cuando el promitente haya hablado de una cosa, mientras que la otra persona ha creído que le ofrecía otra, será inválida la estipulación.

8.—*Quid* cuando en la estipulación una parte pide cien y la otra responde que le dará cincuenta.

9.—Si el peticionario ha aceptado, aunque nada haya dicho, comprendiéndolo así el promitente, estará obli-

gado, en el fuero de la conciencia, a dárselo. Y lo mismo en el fuero externo, en el Reino de Castilla.

10.—Si el promitente y el estipulante han convenido en la cosa convenida, es válida la promesa, aunque sea equívoco el nombre del lugar designado para el pago.

1 Cuando alguien haya prometido a otro que le pagará la deuda que le deba un tercero, aunque la promesa se haga entre ausentes, por carta, por internuncio, o de cualquier otro modo, y, por tanto, aunque no haya estipulación alguna, sino solamente un nudo pacto, surge una obligación civil y la acción correspondiente, aunque la deuda primitiva sólo fuese natural y careciese de acción en el fuero externo. Análogamente, si prometiere pagar una deuda propia del mismo promitente, pero en día y lugar distintos de los previamente establecidos. Así consta en el *párr. de constituta, I, de actionibus; ff. y C. de constituta pecunia*, y l. 3, tít. 11 de la Partida V. Y este caso fué de los que citamos en la disp. 255, entre los que, por Derecho común, tienen acción los nudos pactos, por privilegio del Derecho.

2 Adviértase, no obstante, que para que tal promesa tenga acción en el fuero externo es necesario que conste suficientemente por las palabras del promitente que quiso obligarse, pues si sólo dijera: Se te pagará íntegramente la deuda de Pedro, o algo semejante, de modo que sea dudoso si pretendió obligarse a sí mismo o no, no tendrá obligación en el fuero externo de pagar por consecuencia de estas palabras. Así consta expresamente en la Auténtica *si quando, C., de constituta pecunia*, y en la Auténtica *ut cum, párr. ad hoc aliud*, y en la l. 3, tít. 11 de la Partida V.

3 Veamos el caso del que se ha constituído deudor por otro diciendo: Prometo que yo, o Francisco, te pagaremos la deuda de Pedro. Si Francisco consiente, ambos deberán pagar; pero cada uno la mitad solamente. Si Francisco no consiente, el que haya hecho tal promesa responderá de la totalidad. Pero si la promesa se hace copulativamente, en esta

forma: Te prometo que Francisco y yo te pagaremos la deuda de Pedro, aunque Francisco no consienta, el que haya prometido en esta forma deberá pagar solamente la mitad. Todo lo cual se halla establecido expresamente en los tres textos citados.

Cuando la promesa sea de dos o más cosas, pero dis- 4
yuntivamente, v. gr., Te prometo darte a uno de mis esclavos, Pánfilo o Sticho, a no ser que en la promesa se deje la elección a la persona favorecida, será el promitente quien podrá elegir el que más le convenga, como es de suyo evidentísimo, y se deduce de la *l. stipulatus sum Damam, ff. de verb. oblig.*, y consta en la *l. 2, párr. Scaevola, ff. de eo quod certo loco*, y en la l. 23, tít. 11 de la Partida V.

Si antes de cumplir esta promesa pereciera una de las cosas, el promitente deberá entregar la otra, como consta por la *l. Stichum, párr. 1, ff. de solutionibus; l. 2, párr. Scaevola, ff. de eo quod certo loco; l. statu liberum, párr. últ., ff. de leg. II; l. cum is qui, in princ., ff. de condict. in deb.*, y l. 23, tít. 11 de la Partida V. Respecto al caso de que si la cosa perecida era la de menos valor, o si el promitente tiene mayor necesidad de la otra cosa, se plantea la cuestión de si podrá satisfacer ofreciendo el valor de la cosa perecida. A mí me parece verdadera la opinión afirmativa, cuando la cosa no haya perecido por culpa del promitente, y así lo afirma la glosa al *párr. Scaevola cit. verb. sola*, unida a la adición marginal, y lo prueba la *l. cum res, párr. sed si Stichus, ff. de leg. I*, abrazándola Gregorio López (ad. l. 23 cit.). Mas cuando perezca por culpa del promitente, podrá el acreedor no contentarse con el precio, sino reclamar la única cosa que permanezca, como consta expresamente en la *l. Stichum, párr. 1, ff. de solutionibus*. Y si después que el promitente haya designado la cosa perecida para entregarla, pereciese efectivamente sin su culpa, no estará obligado a entregar la remanente, ni tampoco el precio de la que pereció, pues ésta perecerá para la persona a quien

se haya hecho la promesa, como es de suyo evidente, y lo afirma el *párr. Scaevola cit.*

5 Obsérvese que si una persona dijese: Te concedo uno o dos carros de leña de mi almacén, o algo semejante; o: Te permito que la extraigas de allí, la opción corresponde al donatario, por cuanto es evidente que la disyunción se ha puesto en su favor, por lo que después de haber retirado uno de los carros, no podrá el dueño impedirle que saque otro. Así lo afirma Maranta, con muchos otros que cita (*l. si acto, núm.* 41).

6 Cuando se haya prometido una cosa singularmente determinada, pero es dudoso cuál es exactamente entre dos o más; v. gr., si el promitente tiene dos esclavos del mismo nombre; por ejemplo, Pánfilo, y dijese: Te prometo a mi esclavo Pánfilo, sin que se pueda deducir de las circunstancias concurrentes cuál fué su intención. Entonces la opción corresponde al promitente o a sus herederos (*l. qui ex pluribus ff. de verb. oblig.*, y l. 23, tít. 11 de la Partida V). Y yo creo que si en este caso una de las cosas pereciere, no estará obligado el promitente a entregar la otra, sino que deberá estarse a su juramento, para saber cuál es la prometida. Si hubiera muerto y se ignorase en absoluto si prometió la cosa perecida o la que queda, no hay duda que ésta deberá repartirse entre la persona a quien se hizo la promesa y los herederos del promitente. La razón es que la obligación del promitente no comprendía ambas cosas, como ocurre en la promesa disyuntiva o alternativa, sino únicamente sobre una de ellas, si bien se ignora cuál es. Mas en el fuero de la conciencia, cuando el promitente está cierto de la cosa prometida, si quiso obligarse a entregar la que pereció, no tiene obligación alguna; pero si quiso entregarse la otra, deberá hacerlo por entero, como es de suyo evidentísimo.

7 Obsérvese que cuando el promitente haya querido prometer una cosa, mientras que el que se la pidió se refería a otra, será inválida la estipulación celebrada, y también la promesa, como consta por el *párr. si de alia, I., de inutil. stipul.*; *l. inter stipulantem, párr.* 1, *l. contin. párr.* 1, *ff. de verb. oblig.*; l. 26 y 27, tít. 11 de la Partida V. La razón es que para la validez de la estipulación es necesario que estipulante y promitente convengan en una y la misma cosa, pues de otro modo no habrá contrato perfecto sobre ninguna de las dos, ni siquiera el nudo pacto constituído por la promesa de uno y la aceptación de otro. Así, si uno pide el esclavo Pánfilo, y el otro contesta: No; pero te daré a Sticho, será inválida la promesa y la estipulación, a no ser que el estipulante acepte inmediatamente a Sticho. Así lo prueba el *párr. si de alia, I., de inutil. stipul.*, y en la l. 27 cit.

Por esta misma razón, si el estipulante pregunta de un modo absoluto: ¿Prometes que me darás diez?, y el otro contesta, bajo condición: Prometo dártelos si llegan este año las naves de la India, a no ser igualmente que el estipulante acepte inmediatamente tal promesa condicional, será inválida la promesa y estipulación. Así consta por la *l.* 1, *párr. si quis simpliciter, ff. de verb. oblig.*, y en la l. 26 cit. Y lo mismo si se pide una cosa determinada, v. gr., Pánfilo, y el otro contesta que le dará a Pánfilo o a Sticho, a no ser que el estipulante acepte inmediatamente la promesa alternativa. O también si precede la estipulación de varias cosas alternativamente y se contesta otorgando una determinada de ellas, lo cual será inválido si no se acepta inmediatamente; así, la *l. inter stipulantem, párr. si stipulante, ff. de verb. oblig.*, afirmándolo Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 9, número 4).

No obstante, si una persona pide cien, y el otro le con- 8
testa que le dará cincuenta, será válida la promesa respecto a estos cincuenta, aunque no se haga nueva aceptación, por cuanto se promete una parte de lo que se pedía en la estipulación. Análogamente, si una persona pide un caballo y una yegua, y el otro le contesta que le dará un caballo, será válida la promesa respecto al caballo, por cuanto se contenía dentro de la petición. Mas si pidiéndose ciento contes-

tare el promitente: Te daré ciento cincuenta, si no se aceptan inmediatamente estos cincuenta, será inválida la promesa respecto a ellos, aunque no a los cien que se han pedido y prometido. Así consta por la *l.* 1, *párr. stipulanti,* y *párr. sed mihi, ff. de verb. oblig.; párr. quotiens, I., de inutil. stip.,* y l. 24 y 26, tít. 11 de la Partida V. Por tanto, cuando dice el *párr. praeterea, I., de inutil. stipul.,* que no es válida la estipulación si se piden diez y se contesta: te daré cinco, o si se piden cinco y se contesta: te daré diez, ha de entenderse, no respecto a los cinco que se incluyen en los diez, pues en ellos convienen el estipulante y el promitente, sino respecto a los otros cinco en que discrepan.

9 En el fuero de la conciencia, creo que si el peticionario ha aceptado, teniéndolo por bueno, aunque nada haya contestado, y así lo ha entendido el promitente [lo cual siempre deberá presumirse cuando ello fuera útil para el primero, según la *reg. qui tacet, de regulis iuris, VI,* que debe entenderse en sentido favorable al que calla], estará obligado el promitente a cumplir, según lo que dijimos en la disp. 264.

Creo que lo mismo será verdad en el fuero externo del Reino de Castilla, por el tantas veces citado Ordenamiento de Alcalá, y por Derecho canónico, en el cual no es necesaria la solemnidad de la estipulación; en lo cual está de acuerdo Antonio Gómez (*Var. Resol.,* II, cap. 9, núm. 1, conc. 1 y 2), diga lo que quiera Gregorio López (l. 26 cit., glos. últ.) en contrario.

Creo que lo mismo ocurriría cuando uno pidiera bajo condición y el otro se lo otorgara puramente; o si se pidiera bajo un cierto plazo y el otro lo otorgase en tiempo más breve, diga lo que quiera en contrario Antonio Gómez (número 4 cit., conc. 2), pues presumimos que el promitente se quiso obligar, y siendo favorable la promesa al peticionario, más aún que lo que pedía, no hay duda que tácitamente habrá aceptado la promesa. E incluso creo que deberá establecerse lo mismo cuando se pida absolutamente y se otorgue bajo condición, o cuando se pida a breve plazo y se otorgue para más adelante, si hay circunstancias que persuadan en absoluto de que el peticionario ha aceptado tácitamente lo que se le concedió, aunque se le negara lo que él pedía, a pesar de todas las sutilezas del Derecho romano.

E inclusive, cuando la estipulación fuera alternativa y la respuesta fuera de una cosa determinada; o, al contrario, la estipulación fuese de una cosa determinada y la promesa sea disyuntiva. Obsérvese que si bien en todos estos casos será inválida la estipulación, de no seguir inmediatamente la aceptación del peticionario, será válida no obstante la simple promesa tácitamente aceptada.

Obsérvese, finalmente, que si el estipulante y el promi- 10
tente han convenido en la cosa prometida, pero el lugar designado para el pago es equívoco, refiriéndose uno a un lugar y el otro a otro sitio, será válida la promesa. Y si hubiere conjeturas sobre a qué lugar verosímilmente debieran referirse, de no ser por el dolo del promitente, como éste no puede aprovecharle, deberá ser obligado a pagar en dicho sitio, como establece la *l. quoties in stipulationibus,* y su glosa, *ff. de verb. oblig.,* y la l. 25, tít. 11 de la Partida V. Pero si la cosa fuese totalmente dudosa, deberá elegirse el lugar más favorable al promitente, según la *l. semper in stipul., ff. de reg. iuris.*



DISPUTACION CCLXXI

DE LA PROMESA DE COSA IMPOSIBLE, ILÍCITA O CONTRA LAS BUENAS COSTUMBRES, QUE DIERA OCASIÓN DE RUINA ESPIRITUAL, Y DE ESTA ÚLTIMA CUANDO SEA CONFIRMADA POR JURAMENTO

Sumario:

1.—Para que obligue la promesa es necesario que lo prometido sea posible, pues nadie se puede obligar a lo imposible.
2.—Exceptúase el caso de que la cosa proceda de hurto y perezca.
3.—La imposibilidad de Derecho, divino o humano, anula la promesa.
4.—Si lo prometido es, en parte, lícito y en parte ilícito, o en parte posible y en parte imposible, estará obligado el promitente a cumplir la parte lícita y posible.
5.—En la promesa pródiga hay obligación de cumplirla en la parte que no represente prodigalidad, pero no en el resto.
6.—La promesa que se oponga a algún Derecho o a las buenas costumbres es nula.
7.—Son nulos los pactos según los cuales una persona dispense a otra de toda responsabilidad por hecho o dolo futuro de modo que no pueda exigírsele.
8.—Se refieren varios pactos y promesas inválidas.
9.—Estas nulidades no deben extenderse más allá de los términos expresos del Derecho humano.
10.—Plantéase la cuestión de si los pactos y promesas que

sean nulos por Derecho humano obligan por la fuerza del juramento a su observancia, cuando sean confirmados de este modo.

11.—El pacto o promesa confirmados por juramento obligan, aunque sean nulos por Derecho humano, con tal que por Derecho humano no sea nulo también el juramento que los confirme.

12.—De si tales pactos confirmados por juramento, hechos a Dios, obligan cuando no sean de cosa buena.

13.—Si el juramento es nulo por Derecho humano, aunque estos pactos se celebren con un hombre, no tiene fuerza alguna.

14.—Se refuta el argumento en contrario, basándonos en los varios sentidos en que una cosa se puede oponer a las buenas costumbres.

15.—De lo que debe opinarse de la remisión del hurto o del dolo antes de que tengan lugar.

16.—De si cuando se dispense a una persona de rendir cuentas de su administración, en el pasado o en el futuro, se entiende remitida la culpa leve y la levísima.

17.—El hecho de que se dispense a una persona de rendir cuentas de su administración no impide que se le pueda exigir todo lo que debiera entregar por acción real, si no se hubiera hecho tal dispensa.

1 PARA que la promesa obligue, es necesario que lo prometido sea posible, pues nadie puede obligarse a lo imposible; así la *l. imposibilium, ff. de reg. iuris; reg. nemo potest., de reg. iuris, VI; I., de inutil. stipul., in princ.*, y l. 21, tít. 11 de la Partida V. Por esta razón, si una persona promete una cosa determinada singularmente, que hubiera perecido al hacerse la promesa, o antes del tiempo del pago, será nula la promesa, por ser imposible el cumplimiento de lo prometido. Así consta en la Instituta, *de inutil stip., in princ.*, y l. 21 cit.

2 Exceptúase el caso de que la cosa proceda de hurto y haya perecido. Entonces, si el ladrón la promete a la persona que

tenía derecho a ella, después de su perecimiento, como quiera que el ladrón estaba ya constituído en mora, y la debía ya, aunque no hubiera habido estipulación, por haberla adquirido injustamente, será válida tal estipulación y promesa al efecto de que el ladrón esté obligado a pagar su valor a dicha persona. Lo mismo ocurrirá siempre que el deudor de una cosa por cualquier título se haya constituído en mora al perecer la cosa, como consta por la *l. inter stipulantem, párrafo Stichum, ff. de verb. oblig.: l. promissor Stichi, ff. de const. pecunia*, y *l. penúlt.* y *últ., ff. de condict. furt.* Pero si antes de que la cosa robada pereciese, su dueño celebrase estipulación con el ladrón, en que éste se la prometiera, obligándose de común acuerdo a entregarla tal día, y antes de llegar éste pereciese la cosa, lo hará para el dueño, sin que el ladrón tenga obligación alguna; ya que al celebrarse aquella estipulación o promesa aceptada, dejó el ladrón de estar en mora. Lo cual consta expresamente por la *l. scire, párr. último, ff. de verb. oblig.*

Del mismo modo que la imposibilidad de hecho de que 3
acabamos de tratar anula la promesa, así también la imposibilidad de Derecho, sea divino o humano. Por esta razón, la promesa de cosa mala, ya lo sea de suyo, ya por prohibición del Derecho positivo, es de suyo nula, según el *párr. quod turpi, I., de inutil. stipul.; l. generaliter* y *l. veluti, ff. de verb. oblig.; reg. non est oblig.* y *reg. in malis, de reg. iuris, lib. VI*, y *cap. in malis, XXII, q.* 4. Ya que supondría contradicción estar obligado a una cosa ilícita, pues entonces lo ilícito sería lícito, habiendo sino perplejidad, pues haciendo una cosa pecaríamos, y no haciéndola, también, todo lo cual es absurdo. De todo ello tratamos extensamente en la disputación 94.

Obsérvese que si lo prometido es en parte lícito y en parte ilícito, o en parte posible y en parte imposible, el promi- 4
tente estará obligado a cumplir la parte lícita y posible, porque "lo útil no es viciado por lo inútil", como establece la *reg. utile, de reg. iuris, lib. VI.*

5 Algunos ponen el ejemplo de la promesa pródiga, diciendo que en este caso existiría obligación en cuanto a la cantidad que no represente prodigalidad alguna, pero no en cuanto al resto. Mas yo creo que dicho ejemplo es falso, pues si bien la promesa se hace por liberalidad, y no por deuda, una vez que se ha hecho, su cumplimiento y ejecución no se hace ya por liberalidad, sino por obligación y por justicia, si la promesa era tal que obligue en justicia; o por honestidad, si la promesa sólo obligaba por honestidad moral sin dar más derecho que el que resulte de ésta, de acuerdo con lo que llevamos dicho. Y como en la ejecución no hay prodigalidad alguna, ya que se trata del cumplimiento de un contrato, al que está obligado el promitente por justicia o por equidad moral, dicha promesa obligará en conciencia y en el fuero externo, aunque la promesa se haya hecho pródigamente o con pecado venial; debiendo reprocharse a sí mismo el promitente la imprudencia y la culpa prometidas al prometer tanta cantidad, pero sin que esto pueda perjudicar el derecho adquirido por el donatario en virtud de tal promesa. Del mismo modo que si dicha donación pródiga se hubiera perfeccionado inmediatamente por la tradición, o poco después, esto no podría ser perjudicado por la prodigalidad; pues el donatario no estará obligado a restituir lo que pródigamente se le haya dado. Si fuera verdadero el ejemplo que refutamos, se seguiría que si una joven noble y rica que haya celebrado esponsales contra la voluntad paterna con un prometido villano y pobre, no estaría obligada a cumplir su obligación al no poder hacerse la ejecución sin escándalo de otros y perjuicio de la misma joven, habiendo prometido con pecado e incluso con prodigalidad, siendo así que tal cosa no se puede sostener, por oponerse a la práctica de la Iglesia. Pues si bien la joven ha obrado pródigamente y ha hecho mal al hacer tal promesa, su prometido ha adquirido un derecho en justicia, por la fuerza de los esponsales, y la joven, una vez supuesta la promesa, no obrará mal cumpliéndola, sino que incluso obrará bien, por estar obligada a ello en justicia, y pecaría mortalmente si no cumpliera.

No sólo es nula la promesa cuando su cumplimiento su- 6
ponga la transgresión de algún derecho, y, por tanto, un pecado mortal o venial, sino también toda promesa o pacto que se oponga a las buenas costumbres, dando manifiesta ocasión de pecado, o posibilidad de perjuicio a las costumbres que deben existir en toda República bien organizada.

Por la primera razón, son nulos de pleno derecho los pac- 7
tos y promesas en virtud de los cuales una parte dispensa a otra del hurto o dolo que cometa en el futuro, sin que se le pueda exigir responsabilidad. Así, si una persona celebrase con su administrador, con un vendedor o un gestor de negocios un pacto, según el cual, no deban responder de dolo o hurto cometido en su tráfico, pues dicho pacto o promesa será nula de pleno derecho, por oponerse a las buenas costumbres, dando, además, manifiesta ocasión de pecado al administrador, etc., sin que pueda permitirse en ningún Estado bien organizado. Pero si una vez cometidos el hurto o el dolo, son remitidos por la persona perjudicada, será válido su perdón, pues ello no da ocasión de ruina espiritual, sino que sólo condona las deudas contraídas y los delitos cometidos.

Análogamente será inválido el pactar la no responsabilidad por las injurias que hayan de inferirse en el futuro, o por la violencia igualmente futura; pero no la condonación de la injuria ya causada, o la dispensa del dolo cometido en la administración de los bienes de sus hijos, que haga el testador al tutor o curador. Así consta por la *l. si unus, párrafo illud*, y *párr. pacta, ff. de pactis; l. pacta quae, C., de pactis; l. quidam, in princ.*, y su glosa *ff. de administ. tut.* (aunque la *l. ita autem, párr. Iulianus*, disponga otra cosa), y la l. 29, tít. 11 de la Partida V.

Análogamente, si una persona, invitando a otra a cometer un hurto u otro delito, le prometiese pagar la pena en su

lugar, si fuere condenado por tal delito, como establece la *l. si a reo, párr. últ., ff. de solut.*

8 Por la segunda razón son nulas las siguientes promesas y pactos:

La promesa de no revocar el testamento o de morir abintestato, como vimos en la disp. 151.

Si una persona estipula con otra la entrega de una cantidad, en lugar de ser instituído heredero, será nula tal promesa, como consta por la *l. stipulatio hoc modo, ff. de verb. oblig.*, por cuanto pone trabas a la libertad de testar.

La donación de todos los bienes presentes y futuros es igualmente nula, porque priva del derecho de libre disposición testamentaria, como veremos en su lugar.

El pacto referente a los bienes de una persona en vida, con la condición de que lleguen a pasar a alguno de los pactantes, es nulo, a no ser que lo autorice el dueño presente de los bienes, como consta en la *l. últ., C., de pactis*.

El pacto de una sanción penal para el que no cumpla los esponsales es también nulo, como consta en el *cap. gemma, de sponsalibus,* por cuanto los matrimonios deben ser libres, y esto disminuye la libertad.

Son análogamente nulos otros pactos y promesas semejantes, de que trataremos en sus respectivos lugares, de todos los cuales podría fácilmente seguirse perjuicio para las buenas costumbres y lo que pide el bien común en toda República bien organizada, como ya en parte dijimos en la disputación 151, por cuya razón son nulos por Derecho humano (1).

9 Obsérvese, no obstante, que como quiera que el objeto de todos estos pactos y promesas no es de suyo malo, ni, por tanto, tales convenciones y promesas son de suyo inválidos y nulos, sino únicamente por la disposición del Derecho humano, no deben extenderse por analogía más que a los casos expresamente prohibidos por el Derecho positivo. Carece, pues, de valor el argumento de haber igual o mayor razón para que sea nulo otro pacto, ni que los inconvenientes de uno sean mayores o menores que los de los otros, para concluir por analogía. Pues el que el Derecho humano anule o prohiba un acto cualquiera no es suficiente para que por lo mismo los casos análogos se juzguen prohibidos o anulados, sino que se requiere, además, la prohibición efectiva del Derecho positivo, y mientras ésta no tenga lugar, no hay prohibición ni nulidad.

(1) Todos los casos enumerados pueden considerarse como aplicaciones legítimas de la teoría de la *causa civil*.

Plantéase la duda de si los pactos y promesas que por las dos razones explicadas son írritos y nulos por Derecho humano, obligan, no obstante, cuando sean confirmados por juramento. Muchos, basándose en el carácter de estos pactos y promesas, que el Derecho declara contra las buenas costumbres, creen que aunque se confirmen por juramento no producirán obligación alguna, lo cual, en parte, tratamos ya en la disputación 151. Pues el juramento prestado contra las buenas costumbres no es obligatorio, como consta en la *reg. non est obligatorium, de reg. iuris, lib. VI.* 10

No obstante, hemos de establecer en este lugar la siguiente regla universal, a la cual referiremos las siguientes cuestiones que se plantean. Si la promesa o pacto se hacen con un hombre y se confirman por juramento, obligan, aunque sean nulos por Derecho romano, por las dos razones explicadas, con tal que el Derecho humano no anule también el juramento que los confirma. De modo que cuando el juramento no sea nulo por Derecho humano, para que la promesa o el pacto confirmados por juramento no obliguen al cumplimiento, siendo hechas a un hombre, es necesario que sean de cosa mala, esto es, prohibida por el Derecho humano. Y no basta que la promesa misma y el pacto estén prohibidos, sino que es necesario que la misma ejecución y el objeto de la promesa o pacto se hallen prohibidos, como dijimos en la disputación 151 (1). 11

(1) Esta tesis resume toda la disparatada doctrina del gran Molina en materia de juramento promisorio, opuesta a todos sus principios de la esencia del Derecho civil.

Esta regla está de sobra demostrada, si se atiende a lo que dijimos en la disputación 151 cit., unido a las dos antecedentes, donde confirmamos respecto a la promesa de no revocar el testamento, y en algunos otros casos, con toda seguridad; existiendo la misma razón en los restantes que comprende. Podemos decir, además, que no se opone menos a las buenas costumbres la promesa de intereses usurarios a un usurero, o de una cantidad a un asesino para evitar que nos mate injustamente, dinero que ninguno de ellos puede recibir sin culpa mortal y obligación de restituirlo, ni estas promesas son menos inválidas que las restantes que se opongan a las buenas costumbres; mas es así que dichas promesas hechas al usurero o al asesino, si se confirman por juramento, como vimos en la disputación citada; luego también las demás, cuando se hagan a un hombre y cuando por Derecho humano no sea nulo el juramento que las confirma.

12 Dijimos que estos pactos y promesas confirmados por juramento obligan, si se hacen a un hombre; porque si se hacen a Dios, teniendo el carácter de voto confirmado por juramento, y no son de cosa buena, o, aun siéndolo, impiden algún bien mayor, no obligan, por cuanto Dios no quiere cosas indiferentes, ni tampoco que se le prometan, impidiendo un bien mayor, como ya vimos en las tres disputaciones citadas.

13 Añadimos a continuación: con tal que el juramento que los confirma no sea también nulo por Derecho humano; porque de lo contrario, aunque tales pactos y promesas se hagan a un hombre, no toman fuerza del juramento, como vimos en la disputación 149, poniendo un ejemplo del Concilio de Trento (sesión 25, cap. 16), donde se anulan las renuncias y obligaciones, incluso en favor de obras pías, hechas por los novicios antes de su profesión, aunque se confirmen por juramento, si no se hacen con autorización del obispo, o de su vicario, dentro de los dos meses inmediatamente anteriores a la profesión, etc. Añadimos también el ejemplo de los Derechos de Portugal y Castilla, donde son

nulas las obligaciones y contratos, si se refuerzan por juramento, para evitar que las causas seglares pasen al fuero eclesiástico.

Al argumento propuesto por la mayor parte de los que se oponen a nuestra tesis, objetaremos que en dos sentidos se puede decir que una cosa se opone a las buenas costumbres. Primero, en sentido preciso y estricto, lo que se opone al Derecho divino o humano, siendo pecado, por lo menos, venial. Segundo, en sentido lato, aunque de suyo no sea pecado, lo que puede fácilmente perjudicar las buenas costumbres que conviene que se observen en toda República bien organizada, como explicamos en la disputación 151. Y cuando el Derecho afirma que los pactos y promesas de que tratamos en nuestra regla se oponen a las buenas costumbres, emplean esta locución en sentido lato; mientras que la regla canónica que establece que el juramento prestado contra las buenas costumbres no es obligatorio, la toma en sentido estricto, como lo que se opone a las buenas costumbres, constituyendo pecado. 14

Dijimos anteriormente que si una vez cometido el hurto o dolo en la administración o en cualquier otro asunto se perdonasen, será válida esta remisión; porque ello no da ocasión de ruina espiritual, como ocurriría si se remitiese el dolo o el hurto antes de ser cometido, como consta expresamente en la *l. si unus, párr. illud*, con su glosa, y el *párr. pacta, ff. de pactis*. Mas ha de observarse que cuando alguien haya tenido la administración de otro o haya gestionado sus negocios, o ha tenido con él alguna sociedad o cualquier otro asunto, y es dispensado de la obligación de rendir cuentas de su gestión; o, celebrada la partición, es liberado de la devolución de alguna cosa, prometiéndose, además, que nada se exigirá en adelante por tal concepto, no supone de suyo condonación, si ha habido hurto o dolo en la administración o negocio, sino que se podrá reclamar, a no ser que el dolo o el hurto cometidos se condonen expresamente, o que la liberación se haga en tales términos, que se deduzca su- 15

ficientemente que se han perdonado inclusive el hurto y el dolo. Así consta en la *l. 3, fratres, ff. de pactis; l. quidam discedens* (aunque otra cosa disponga la *l. ita autem, párrafo Iulianus*), *de administr. tut.; l. Aurelio, párr. Caius, ff. de lib. legat.*, y la l. 30, tít. 11 de la Partida V. Y ello es verdad, aunque la liberación o promesa se hayan confirmado por juramento, como dice rectamente Covarrubias (*Var. Resol.*, II, cap. 14, núm. 1), porque el juramento sólo confirma lo que se haya comprendido dentro de la liberación o promesa. Pero si se remitiese a un depositado la culpa remitida en su depósito, se considerará remitido el dolo y la culpa lata, pues ha de entenderse que se le quiso donar algo, y él solamente respondía de dolo y de culpa lata, como veremos en su lugar. Así consta por la *l. si unus, párr. illud* y su glosa *ff. de pactis*.

16 Ha de observarse que aquel a quien se dispense para el pasado o para el futuro de rendir cuenta de su administración o en cualquier otro negocio, se le considera perdonada la culpa leve y levísima, como rectamente observa Covarrubias (cap. 14 cit., núm. 3), que es lo que significa dicha remisión, que es permitida por el Derecho, aunque se refiera al futuro.

17 Finalmente, observaremos que una vez hecha a una persona la liberación de la obligación de rendir cuentas, ya sea por última voluntad del testador, ya por cualquier otro medio, ello no impide que se le pueda exigir igualmente todo lo que debiera entregar por acción real, si no se hubiera hecho dicha liberación. E incluso si además de esto de que debía rendir cuentas tenía alguna otra deuda en favor de la misma persona, podrá ser compelido a pagarla. Así se deduce de la *l. Aurelio, párr. Caius; l. Aurelius, párr. Maevia*, y *l. creditor debitori, párr. Titia, ff. de lib. legat.* Véase Covarrubias (cap. 14 cit.), que trata extensamente estas cuestiones.



DISPUTACION CCLXXII

DE LAS CAUSAS QUE HACEN LÍCITO EL INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA ACEPTADA

Sumario:

1.—Para que exista la obligación de cumplir una promesa, no debe cambiar el estado jurídico de las personas ni de las cosas.

2.—La mutación de las cosas exime del cumplimiento de la obligación, si es de tal naturaleza, que de haberla tenido en cuenta el promitente hubiera exceptuado este caso al hacer la promesa.

3.—Se ponen tres ejemplos diversos. Item, núm. 4 y 5.

6.—Si después de haberse constituído en mora el promitente sobreviene un impedimento que de haber surgido antes de la mora le hubiera eximido en absoluto de obligación, subsistirá ésta no obstante.

7.—Si el impedimento que excusa del cumplimiento de una promesa es temporal, al desaparecer el impedimento deberá cumplirse la promesa.

8.—Cuando una persona se exime del cumplimiento de una promesa por mutación del estado de las cosas, no es empeciente para ello que se halle confirmada por juramento.

9.—Es distinto que el promitente no haya penetrado bien en el alcance de su promesa, y que el estado de las cosas haya sufrido tal transformación, que si se le hubiera ocurrido en el momento de prometer, no hubiera querido obligarse en tal caso.

10.—Si dos personas se prometen recíprocamente algo, sin que ninguna de las promesas sea contraprestación de la otra, es lícito, no obstante, incumplir una de ellas por el incumplimiento de la otra.

11.—Qué grado de ingratitud es suficiente para que no haya obligación de cumplir una promesa.

En la disputación 263 vimos que es lícita la revocación de una promesa mientras no sea aceptada, exceptuando algunos casos, que también citamos. Más adelante veremos por qué causas generales se puede revocar la donación, aunque esté absolutamente confirmada por la tradición. Ahora sólo tratamos de las causas que permiten no cumplir la promesa, antes de ser perfeccionada por la tradición, ya cuando ha sido aceptada, ya también en los casos que dijimos en la disp. 263, en que obliga antes de ser aceptada.

1 Santo Tomás (2.ª-2.ª, q. 110, art. 3 ad 5), siguiendo a Séneca y Cicerón, dice que para que alguien esté obligado a cumplir una promesa es necesario que no cambie el estado de las personas ni el de las cosas o negocios (1). Suscriben esta tesis Cayetano (2.ª-2.ª, q. 88, art. 1 y q. 113, art. 1), Soto (*De iust.*, VII, q. 2, art. 1 ad 1), Navarro (*Manual*, cap. 19, núm. 7) y los doctores comúnmente. Pero no basta cualquier mutación. Bastaría, en primer lugar, cualquiera que hiciera imposible de hecho o de derecho la prestación, de acuerdo con lo que dijimos en las disp. anteriores. Así, si prometiste que tal día entregarías tal siervo o tal caballo, y mueren antes de dicho día, no tienes obligación alguna. Asimismo, si prometiste dar una espada, y antes de la tradición la persona a quien se la prometiste se vuelve loco o demente, no estarás obligado a dársela, antes bien, pecarías si lo hicieras; pero sí deberías guardarlo para dárselo en

(1) La cláusula *rebus sic stantibus* era comúnmente aceptada por los escolásticos. No se concibe la resistencia de la jurisprudencia actual para admitirla.

otro tiempo, o entregar la espada o su valor al encargado de su curatela.

Además, también exime del cumplimiento toda mutación de las cosas que si se le ocurriera al promitente en el momento de hacer la promesa la hubiera exceptuado, contestando, si se le preguntara, que no era su intención obligarse en tal caso. La razón es que la promesa liberal y gratuita no obliga más que a lo que el promitente haya querido obligarse en tal caso. Así como en la concesión general no se comprende lo que verosímilmente no se hubiera otorgado en particular, como establece la *reg. in generali, de reg. iuris, lib. VI,* así también en la promesa no se comprenden los casos que si se hubieran propuesto en particular, con tales o cuales circunstancias, hubieran sido exceptuados por el promitente al hacer la promesa. Pues así como en la interpretación de las leyes tiene lugar la epikeya, para exceptuar los casos en que, sin duda, el legislador, si los hubiera tenido en cuenta, hubiera hecho excepción, y que, por tanto, no se consideran comprendidos en la ley, aunque el legislador no haya pensado siquiera en ellos al promulgarla; así también en la promesa, que es una especie de ley que el promitente se impone a sí mismo, no se juzgan comprendidos los casos que hubiera exceptuado si se le hubieran ocurrido o propuesto. Y nadie puede ser mejor intérprete de su propia promesa que el mismo promitente, aunque haya prometido en absoluto y no haya pensado en tales casos inopinados. Mas cuando sobrevengan, deberá preguntársele si cuando, al prometer, se le hubiera interrogado sobre ellos, hubiera contestado que era su intención no comprenderlos en su promesa, y si así lo declara, deberá estarse a su afirmación. 2

Ejemplos: En primer lugar, si has prometido a Dios ayunar todos los viernes del año, y un año cae en viernes el día de Nochebuena, en que todos los fieles se alimentan de carne; para decidir si, a pesar del voto, se podrá en tal día comer carne y no ayunar, deberá preguntarse a la persona en cuestión: ¿Cuándo emitiste el voto, si se te ocu- 3

rriese que ese año caería en viernes la Nochebuena, hubieras exceptuado este día?, y si contestase afirmativamente, no habrá obligación de ayunar. Pero si contestase con temor, siendo persona escrupulosa y de conciencia timorata más de lo justo, con un prudente arbitrio habrá de juzgarse que no hay obligación de ayunar, pues no ha de creerse que nadie quiera privarse de carne ese día y molestar a su familia obligando a preparar pescado para él solo.

4 Además, si has prometido a una mujer que te casarías con ella, y antes de contraer el matrimonio ella fornicase con otro, no estarás obligado a casarte, porque se entiende que tú no has querido obligarte, en tal caso y sobreviniendo dicha circunstancia, a casarte con ella, además de que se ha hecho indigna de que le seas fiel; todo lo cual consta en el *cap. quemadmodum, de iureiur.* Donde se añade que lo mismo ocurrirá si, después de tal promesa, ella se volviera leprosa, paralítica o perdiese los ojos o la nariz, o le ocurriese cualquier otra desgracia análoga, pues en todos estos casos, por epikeya, han de excluirse de la promesa hecha absolutamente y sin limitación, por llevar la condición tácita de que no cambiase el estado de las cosas. Análogamente, si prometiste casarte con una mujer teniéndola por virgen, y antes de contraer matrimonio llegas a saber ciertamente, por cualquier conducto, que no lo era, no estarás obligado a casarte con ella, pues si lo hubieras sabido, jamás hubieras hecho tal promesa.

Por tanto, cuando el *cap. quemadmodum* cit. dice que el que haya prometido bajo juramento casarse con una mujer no podrá objetar la fornicación anterior, sino sólo la posterior, ha de entenderse respecto a la que sea conocida en el tiempo de la promesa; pero no de la desconocida, que le haya hecho perder la virginidad o la fama que tuviera. Pero si en el tiempo de la promesa era ya conocido el hecho y el promitente lo sabía, y, no obstante, prometió casarse con ella, no bastarán otras fornicaciones posteriores que la

puedan hacer ya poco más infame, para que pueda eximirse de su promesa.

Análogamente, si has hecho una promesa y después lle- 5
gas a tal estado de pobreza, que si la hubieras previsto, nunca hubieras hecho tal promesa. O si has prometido tus servicios a otro para gestionar sus negocios o algo semejante, y tu hijo cae en grave enfermedad, de modo que necesite extraordinariamente tus atenciones y tu presencia, sin que puedas bastar a ambas cosas, no estás tampoco obligado a cumplir la promesa, porque tú no pretendías obligarte en tal caso. Lo mismo ocurre en otros casos semejantes, que deberán juzgarse según un prudente arbitrio, atendiendo a la cualidad y a la cantidad de la mutación de las cosas, a la cosa prometida y a todas las demás circunstancias concurrentes, debiendo siempre seguirse lo más acorde con la recta razón, como rectamente observó Cayetano (q. 113, citada), sin que se pueda establecer otra regla más cómoda ni más cierta. Mas han de tenerse ante los ojos los ejemplos propuestos, que fácilmente orientarán para solucionar los casos análogos.

Haremos varias observaciones: Primera, que si después 6
de haberse constituído en mora el promitente surgiera un impedimento que le hubiera eximido de obligación antes de la mora, subsistirá ésta, no obstante, pues si bien ya no hay obligación de cumplir lo prometido, sí la hay de indemnizar los daños y perjuicios, consecuencia del incumplimiento en el tiempo en que se podía y debía hacer. De modo que si prometiste pagar ciento este mes, y pudiendo, sin que hubiera causa que te excusare, no lo hiciste, cayendo después por caso fortuito en la máxima pobreza, ciertamente que ello no te excusa de la obligación de pagar, lo mismo que de las demás deudas que por delito o contrato oneroso tuvieras antes de tu pobreza, pues desde el momento de la mora te obliga la injusta detención a pagar los daños y perjuicios, como si fuera por delito.

Segunda, si el impedimento que excusa del cumplimien- 7

to de la promesa es puramente temporal, una vez finiquitado el impedimento, deberá cumplirse la promesa. Así, si has prometido entrar en religión y sobrevienen tales circunstancias que si las hubieras previsto no hubieras hecho tal voto, no hay duda que si volvieren las cosas al primitivo estado, deberás entrar en religión. Mas esta observación ha de aplicarse según un arbitrio prudente, y no es absolutamente siempre verdadera; así, si mientras eres rico prometes ciento, por liberalidad, a Pedro, en vista de la abundancia de tus bienes, etc., y después, antes de constituirte en mora, de repente caes en la mayor pobreza, sin duda quedarás excusado del cumplimiento de la promesa, y aunque después, por el acaso o por tu industria, llegues otra vez a la más pingüe fortuna, no estarás obligado de nuevo a cumplirla, porque no pretendiste obligarte más que en caso de no variar el estado de las cosas en que estabas al hacer la promesa.

8 Tercera, cuando alguien ve extinguida la obligación de cumplir una promesa por la mutación del estado de las cosas, no es óbice para ello que esté confirmada por juramento, como prueba el *cap. quemadmodum, de iureiur.*, supra cit. En efecto, se refiere a la promesa confirmada por juramento. Podemos dar la razón de que si la promesa no confirmada por juramento admite una condición tácita, la admitirá también cuando vaya reforzada por éste, y nunca prometemos por juramento más de lo que contiene en sí la promesa que confirmamos de este modo.

9 Cuarta, ha de tenerse muy en cuenta que es muy distinto que el promitente no haya penetrado suficientemente lo que ha prometido, de modo que si hubiera considerado todo lo que se contiene en su promesa, hubiera excluído tal vez alguno de sus efectos, y que el estado de las cosas haya variado de tal modo, que si lo hubiera tenido en cuenta al tiempo de hacer la promesa, no hubiera querido prometer ni obligarse en tal caso. De estas dos posibilidades, es de la última de la que venimos hablando hasta ahora, y de la cual

decimos, con la opinión común de los autores, que extingue la obligación de cumplir lo prometido. En efecto, lo primero no extingue en modo alguno la obligación, porque si lo que no se meditó bastante ni se tuvo en cuenta en particular, conteniéndose en la promesa por tratarse de cosas anejas a la prometida, se consideran prometidas todas, aunque si el promitente hubiera meditado más despacio no hubiera hecho tal promesa, pues a él debe imputarse haber hecho tal promesa sin haber estudiado y considerado bastante el asunto. Por esta razón, sigue obligado a entrar en religión el que haya hecho voto de hacerlo sin tener en cuenta sus penitencias y dificultades, sin que pueda después abandonarla, aunque si hubiera tenido esto en cuenta, jamás hubiera hecho su voto. Antes bien, si lo hace, es transgresor de su voto, y peca mortalmente, como todos reconocen y está acogido en la práctica de la Iglesia. En efecto, el voto obliga, aunque se haya hecho temerariamente y con ligereza de ánimo [si bien estas circunstancias permiten la más fácil obtención de la dispensa], cuando no haya además otras causas, como la falta de costumbre, y el ser de naturaleza y estado poco aptos o de vigor físico poco adecuado al trabajo religioso (1).

Plantéase la duda de si cuando dos personas se hagan 10
promesas recíprocas, pero sin que ninguna de ellas sea contraprestación de la otra, será lícito el incumplimiento de una de ellas por el incumplimiento de la recíproca. Navarro (cap. 28, núm. 7 cit.) lo niega. Pero a mí me parece mucho más probable lo contrario, pues en todas las deudas tiene lugar la compensación; luego también en las que proceden de promesa gratuita. Además, por lo mismo que una persona se niega a cumplir por su parte, se hace indigno de que se le cumplan las hechas a él, por su ingratitud.

La ingratitud, que basta para revocar una donación, aun- 11

(1) Esta observación es sumamente adecuada, y es el límite lógico que el principio de la seguridad jurídica pone al de la cláusula *rebus sic stantibus*.

que sea perfecta, por la tradición de la cosa, con mucha mayor razón basta para no cumplir la promesa. Mas de ello trataremos en su lugar, más adelante.

También trataremos más adelante de la promesa causal cuando no se cumpla la causa, y de la extinción consiguiente de la obligación.



DISPUTACION CCLXXIII

DIFERENCIA ENTRE LA PROMESA Y LA DONACIÓN CONSUMADA

Sumario:

1.—Etimología de la palabra donación. Su concepto.
2.—Distinción entre la donación y la promesa aceptada y obligatoria.
3.—De lo que se requiere para la validez de la donación en sentido estricto.

La donación, como dice el jurisconsulto Paulo (*l. senatus, ff. de mortis causa donat.*), procede de *dono*, o 1
más bien de *doni datio*. Es decir, que sólo habrá donación, cuando la dación proceda de liberalidad, pues sólo entonces lo dado tendrá el carácter de don. Como se deduce de Santo Tomás (I, d. 18, q. 1, art. 2), y Aristóteles (Etica, IV, cap. 2), se puede definir del modo siguiente: "Es la dación liberal, esto es, irredimible, y no hecha en compensación a otra cosa que se reciba". Lo cual ha de entenderse en el sentido de que ninguna de las cosas se deba en justicia a cambio de la otra, con el fin de comprender en nuestra definición la donación remuneratoria, que es una verdadera donación liberal, pues lo que se da es un verdadero don, aunque procede al mismo tiempo de gratitud, lo cual no impide que tenga el carácter de donación, por lo cual la persona que la recibe se llama igualmente donatario.

Como vimos en las disp. 252, 254 y 255, la donación se 2
considera perfecta y toma el carácter de contrato nominado,

cuando se celebra la tradición de la cosa donada y aceptada, ya sea dicha tradición real o fingida, según lo que dijimos en materia de posesión. Por tanto, la donación, tomada en este sentido estricto, se distingue de la promesa aceptada y obligatoria, por cuanto la donación transmite el dominio al donatario, al celebrarse la tradición; mientras que la promesa aceptada sólo produce un derecho personal, de acuerdo con lo dicho en las disp. 2 y 3. Por lo cual, si el promitente entrega a otro la cosa prometida, por título gratuito u oneroso, le confiere el dominio, mientras que la persona a quien la hubiere prometido sólo tendrá una acción personal para reclamar la indemnización de daños y perjuicios al promitente, por la razón dicha de que su derecho no era real, sino personal.

3 Para que la donación en sentido estricto sea válida, son necesarios todos los requisitos que expusimos en las disputaciones anteriores como necesarios para la validez de la promesa.

Algunas veces se toma la donación en sentido lato, comprendiendo también la promesa gratuita antes de su cumplimiento. Y del mismo modo que, tratando de la promesa, dijimos varias cuestiones relativas a la donación en sentido lato, así también lo haremos ahora.



DISPUTACION CCLXXIV

DE QUIÉNES PUEDEN DONAR, Y EN PARTICULAR DE LAS LIMOSNAS Y DONACIONES DE LA ESPOSA

Sumario:

1.—Todos los que pueden contratar pueden también donar.
2.—De lo que pueden donar los sometidos a la potestad de otra persona, con tal que conste el consentimiento de ésta.
3.—Hasta qué punto pueden donar las esposas. Y de las dos maneras de celebrarse los matrimonios en Portugal.
4.—La esposa puede hacer limosnas y otras donaciones de sus bienes parafernales, incluso contra la voluntad de su marido.
5.—Las esposas no pueden hacer limosnas, ni menos otras donaciones, de los bienes cuya administración corresponde al marido, sin la autorización de éste.
6.—Pueden hacer las limosnas que suelen realizar las mujeres de su misma condición y fortuna.
7.—*Quid* si fuese evidente que la voluntad del marido es que no se haga en absoluto ninguna limosna.
8.—Se propone la opinión del autor, más moderada y benigna, y se refuerza con varios argumentos.
9.—De su aplicación en España.
10.—Su aplicación es evidente en Portugal cuando el matrimonio se contrae en sociedad de bienes por mitad.
11.—Se refuta la objeción del *cap. quod Deo*, 33.
12.—La esposa puede hacer limosnas y donaciones, no sólo

a sus padres pobres, sino también a sus hermanos y demás consanguíneos, sin autorización del marido.

13.—Las donaciones remuneratorias, debidas por gratitud, no deben omitirse para convertirlas en limosnas a los parientes de uno de los cónyuges.

14.—La esposa que haya aportado una gran dote podrá dar a su nodriza hasta cuarenta escudos, contra la voluntad de su marido.

15.—En qué caso puede la esposa dar ocultamente contra la voluntad de su marido. Item núm. 16, 17 y 18.

1 TODOS los que dijimos en la disp. 261 que pueden celebrar contratos, pueden igualmente donar, haciendo limosnas para obras pías, o dando para cualquier obra no pía, a no ser que en particular exista alguna prohibición legal, como veremos más adelante.

2 En general, se puede decir que todos los que están sometidos a la potestad de otro respecto a la administración de algunos bienes, pueden hacer donación de ellos, lo mismo en limosnas que con cualquier otro fin, con el consentimiento expreso, tácito o presunto de la persona a quien están sometidos, en cuanto crean que cumplen su voluntad. Así lo afirman comúnmente los doctores, y entre otros Santo Tomás (2.ª-2.ª, q. 32, art. 8), si bien se refiere únicamente a las limosnas; mas el asunto es de suyo evidente.

3 Para tratar ahora hasta qué punto las esposas, que están sometidas a la potestad de sus maridos, pueden donar, observaremos que en Portugal los matrimonios se celebran de dos maneras, como diremos más extensamente al tratar del contrato de sociedad. La primera es el contrato o sociedad de bienes por mitad, del cual no se hace mención alguna en Derecho común, y de cuyo modo se presumen celebrados todos los matrimonios en dicho Reino, a no ser que expresamente se diga lo contrario al tiempo de la celebración del matrimonio. Y por lo mismo que el matrimonio se consuma por la

cópula carnal, los bienes de ambos cónyuges son comunes en cuanto a la propiedad; y disuelto el matrimonio, por la muerte de uno de ellos o por su separación, deberán dividirse todos los bienes en dos partes iguales, correspondiendo una a cada uno de los cónyuges o a sus herederos.

La forma es el llamado contrato de arras y dote, como suele llamarse, que es el único regulado por el Derecho común. Mas existe una gran diferencia, que ha de tenerse muy en cuenta en el asunto que tratamos, entre este matrimonio, tal como suele celebrarse por Derecho común, y como tiene lugar en el Derecho del reino de Castilla y en la costumbre de Portugal. En efecto, por Derecho común se daba al varón una dote cierta, para ayudar a sostener las cargas del matrimonio, debiendo dar a la esposa una adecuada sustentación, y teniendo el varón la administración de la dote y todos sus frutos y provechos, mientras perseverase el matrimonio, perteneciendo exclusivamente al marido, que al disolverse el matrimonio devolvía únicamente la dote recibida a la esposa y a sus herederos. Además de la dote, debía la esposa administrar la familia en todo lo que es propio del ama de casa, debiendo, por tanto, prestar sus servicios y su trabajo en el grado debido, según su cualidad y la de la familia, según lo exigiera la administración de ésta; mas si ganase algo más por su industria y trabajo, le pertenecía a ella, y no al marido. Todos los demás bienes que tuviera la mujer, fuera de la dote del marido, y los que adquiriese posteriormente por legado, por herencia, por donación o de cualquier otro modo, le pertenecían, no sólo en cuanto a la propiedad, sino también en cuanto a la administración y libre disposición, si bien podía encomendar su administración al marido cuando lo tuviera por conveniente. Todos estos bienes se denominan *parafernales*, del griego, *para*, que significa parecido, y *pherna*, que significa dote, como bienes relativamente análogos a la dote.

En cambio, en el Derecho de Castilla y en la costumbre de Portugal, la administración de todos los bienes, incluso

los parafernales de la esposa y todos los bienes adquiridos por el trabajo e industria de ésta durante el matrimonio pertenecen únicamente al marido, sin que la esposa tenga la menor intervención en su administración, a no ser que al celebrar el matrimonio haya hecho alguna excepción para sus usos y libre administración y disposición, lo cual ocurre rarísima vez. Disuelto el matrimonio, la esposa reclama en primer lugar todo lo que haya aportado, aunque nada quede de ello en natura al marido y a sus herederos; después, el marido toma de la masa restante de bienes lo que igualmente haya aportado, y si todavía quedase algo, se llaman bienes *gananciales*, perteneciendo la mitad al marido y la otra mitad a la esposa o a sus herederos respectivos.

4 Esto supuesto, pasemos al asunto propuesto. El Paludano (IV, d. 15, q. 3, art. 6, conc. 2), Gabriel (ibid., d. 16, q. 4, conc. 4), los autores de *Summas* casuísticas en la palabra *limosna*, y comúnmente los doctores afirman que la esposa puede hacer limosna y otras donaciones de sus bienes parafernales cuando y como quiera, incluso contra la voluntad del marido, por cuanto tiene su dominio y administración, no estando sometida a la potestad marital en este punto. Y asimismo lo dice Santo Tomás (2.ª-2.ª, q. 3, art. 8, ad. 2), siendo verdad en Derecho común, según lo que poco antes dijimos; pues a él se refieren estos autores.

Navarro (*Manual*, cap. 17, núm. 154) restringe esta tesis diciendo que podrá haber costumbres y legislaciones nacionales que establezcan otra cosa, lo cual, sin duda, añadió teniendo en cuenta el Derecho de Castilla y la costumbre portuguesa, pues en dichos reinos la administración de los bienes parafernales corresponde únicamente al marido. Por lo que en estos reinos no pueden las esposas hacer limosnas de los bienes parafernales sin el consentimiento, por lo menos tácito, del marido, y análogamente de los bienes comunales gananciales, pues su administración corresponde análogamente al marido y no a la esposa.

El Paludano y Gabriel (loc. cit), Silvestre y Augusto

(*verb. eleemosyna*), Ricardo (IV, d. 15, art. 2, q. 6), Santo Tomás (2.ª-2.ª, q. 32, art. 8, ad 2) y otros afirman que si una esposa laboriosa e infatigable se arregla de tal modo, que sin sustraer nada de lo necesario a la debida administración de la familia, consigue, además, con su trabajo ganar algo, podrá, sin duda, destinar este lucro a limosnas y donaciones, incluso contra la voluntad del marido, por ser suyo en cuanto a la propiedad y a la administración. Pero estos autores se refieren al Derecho común, según el cual, lo adquirido de este modo pertenece a la mujer, incluso en cuanto a la administración, como dijimos. Navarro en cambio (número 154 cit.), afirma lo contrario para los reinos de Portugal y Castilla, pues estas ganancias y todas las demás son comunes al marido y a la esposa, perteneciendo toda su administración únicamente al marido, por lo que la mujer no podrá donar estos bienes sin la autorización del esposo, lo mismo que en los parafernales.

Los doctores, comúnmente, si se entienden rectamente 5
sus opiniones, convienen en que las esposas no pueden hacer limosnas de los bienes cuya administración corresponde al marido, y mucho menos otras donaciones, sin el consentimiento expreso o presunto del marido. Por lo que, como quiera que en estos dos reinos la administración de todos ellos pertenece al marido, se deduce que, en general, las esposas no podrán hacer ninguna limosna ni donación sin el consentimiento, al menos presunto, del marido. Y si las hicieren, pecarán y estarán obligadas a restituir lo que diesen, al menos computándolo en la parte de los bienes que les corresponde, cuando duden del consentimiento del marido, a no ser que lo obtengan posteriormente. Y ésta parece ser la opinión de Navarro.

De todos modos, los doctores afirman comúnmente que 6
las esposas, sin expresa autorización ni consentimiento del marido, podrán hacer limosnas, según la costumbre de las mujeres de su mismo estado y condición, de acuerdo con su fortuna, número de hijos y necesidades de la familia; y lo

mismo creen respecto a las demás donaciones y enajenaciones. La razón es que se puede presumir que tal es la voluntad de su marido. Y Santo Tomás (IV, d. 15, q. 2, art. 5, q. 1), Navarro (loc. cit., núm. 53), el Abulense (VI, capítulo Math., q. 57), Silvestre y Angel (loc. cit.) añaden que aunque el marido prohiba a su esposa obrar de este modo, ella puede persuadirse de que tal prohibición del marido solamente quiere decir que ella debe contenerse dentro de las acostumbradas limosnas, etc., pero no el prescindir de éstas en dicha medida.

7 En el caso de que la mujer se persuada de que su marido quiere que no se haga en absoluto ninguna limosna, dice el Paludano (loc. cit.) que podrá distribuir sus bienes comunes, en la parte que debieran corresponderle a ella o a sus hijos al disolverse el matrimonio, computándola al llegar dicho reparto. Según lo cual, podrá hacer incluso mayores limosnas que las acostumbradas. Mas esta opinión es falsa, porque perteneciendo la administración de todos los bienes al marido mientras dure el matrimonio, no puede la esposa, contra su voluntad, privarle de una parte de tal administración, sobre todo cuando ello suponga algún perjuicio para el marido por otros conceptos. Ya porque sus propios hijos tendrán una legítima menor al tiempo de disolverse el matrimonio en los bienes de su mujer. Ya también porque los bienes que así gaste su esposa hubieran podido ser empleados en otros negocios. Ya, finalmente, porque pueden llegar a disminuir los bienes comunes hasta el punto de que, al disolverse el matrimonio, no sea tan grande la porción de la mujer, exponiéndose ésta al peligro de que, acostumbrándose a estas larguezas, alguna vez done incluso los bienes del marido. Navarro, el Abulense, Silvestre (loc. cit.) y otros creen que cuando a la esposa le conste que la voluntad del marido es que no done ni gaste nada en absoluto, pecará si lo hace, aunque lo emplee en limosnas, con obligación de restituir al marido, por lo menos computando tales bienes entre los suyos propios. Y Navarro afirma lo mismo (loc. cit.), en el caso de que la mujer gaste sin autorización del marido en juegos, pinturas y otras cosas semejantes.

Mas yo creo que, del mismo modo que es absolutamente 8
falsa la opinión del Paludano, así también me parece demasiado dura y en manera alguna aceptable esta otra tesis, en cuanto niega que la mujer, aunque sea contra la voluntad del marido, pueda hacer limosnas moderadas y otras donaciones y enajenaciones, en la cuantía que acostumbren a hacerlas las mujeres de su mismo estado y condición, según la fortuna de ambos cónyuges, la dote y los bienes aportados, y las demás circunstancias concurrentes; lo cual tiene principalmente lugar en España y sobre todo en Portugal, cuando el matrimonio se haya celebrado en sociedad de gananciales. Primero, porque la mujer no es una esclava del marido, sino una compañera, ni está en absoluto privada de toda administración de la familia y de los bienes, sino que participa en ella, aunque sometida al varón, que es la cabeza de la familia, para que no proceda desordenada y superfluamente.

Segundo, el varón debe alimentos y sustentación a su mujer y a sus hijos, sin que pueda dárselos a su gusto, sino que debe dárselos adecuados a su estado, fortuna de ambos y demás circunstancias concurrentes, como compañera y madre de la familia; a cambio de lo cual, ella le ha entregado su dote y la ayuda de su trabajo, según lo exija la debida administración de la familia. Mas a la debida sustentación de la esposa pertenece todo aquello que exijan su estado y su condición. Pues no se podría decir que un padre le da a su hijo el adecuado sustento, si se halla dedicado a los estudios o a la curia, si no le da lo necesario, no sólo para su alimentación y vestido, sino también para los gastos que los jóvenes de su misma condición y estado suelen hacer; y análogamente, no se juzgaría adecuada sustentación de la esposa la que no le permitiera tener y hacer lo que acostumbran a hacer y tener las mujeres de su misma condición y estado. Antes bien, si hubiera de adjudicársele una parte es-

pecíficamente destinada a su congrua sustentación, debería dársele, no sólo lo necesario para la alimentación, vestido, ornato y servicio adecuado a su cualidad, considerando todas las circunstancias concurrentes, sino también para limosnas y honesta recreación, así como las donaciones que exija la recta razón, teniendo en cuenta todas las circunstancias en que se hagan.

Por tanto, como quiera que sería irracional que el marido le prohibiera todos estos gastos, la esposa no estaría obligada a someterse a tal prohibición, como opuesta a la razón e injuriosa para ella, a no ser que hubiera razones especiales para que se le hiciera debidamente: por ejemplo, si tuviera menor fortuna que otros de su mismo estado, o más hijos que la mayoría de éstos. Pues entonces la equidad exigiría que ambos cónyuges moderasen sus gastos, poniéndose de acuerdo la esposa y el marido para no pasar de los límites de la equidad, debiendo, en la duda, atenderse a las órdenes del marido. Por tanto, mientras que la esposa no haga más gastos en su alimentación, vestido, ornato, limosnas, honestas recreaciones y moderadas larguezas que lo acostumbrado entre la mayoría de las de su clase, afirmaremos que no peca, aunque lo haga contra la voluntad de su marido. Y aunque pecase haciendo, contra la voluntad de su marido, algunos gastos mayores de los acostumbrados entre las de su clase, si no exceden de los mayores gastos que hagan algunas de ellas, aunque no sea lo más corriente, creo que no habrá obligación de restituir; porque tales gastos no sobrepasarían a los que en cierto modo compró al celebrar el contrato de matrimonio, y, por tanto, menos pecaría contra la justicia que contra la obediencia que debe a su marido. Pero siempre deben los confesores restringir en este punto a las esposas, para que, en cuanto sea posible, se sometan a sus maridos y guarden con ellos la paz. Sobre todo, considerando que no hay peligro alguno de pecado de su parte absteniéndose de tales gastos, mientras que fácilmente por exceso pueden cometerlo, obrando contra la voluntad de sus maridos. Pues cuando las mujeres obren notoriamente contra la voluntad de su esposo, no sólo pecan, sino que están obligadas a restituir el exceso, si comprendiesen que tal es la intención del marido o dudasen sobre ello. Y ésta parece ser la opinión de Ricardo (loc. cit.), Vigerio (I, cap. 12, párrafo 2, vers. 5) y Juan de Medina (en su libro sobre la limosna, *de quibus bonis, párr. ex dictis*).

Dije anteriormente que esta nuestra opinión tiene apli- 9
cación principalmente en España, por cuanto en ella no se pueden reservar las esposas ningunos bienes para su libre disposición, como ocurriría por Derecho común con los bienes parafernales, de los cuales podían libremente hacer limosnas y otras donaciones y gastos por cualquier suma. Pues sería muy duro e irracional que una mujer que cayera en manos de un varón austero y avaro no pudiera gastar absolutamente nada en su decente ornato, adecuadas limosnas y honesta recreación, ni siquiera lo que suelen hacer la mayoría de las mujeres de su clase, sin autorización; siendo tal sociedad de bienes entre el varón y la mujer, irracional e injusta.

Añadimos que, sobre todo, tendría lugar esto en Portu- 10
gal cuando el matrimonio se haya celebrado en sociedad de bienes por mitad, pues si bien en Portugal y Castilla, cuando se haya celebrado el contrato de arras y dote, la administración de todos los bienes pertenece al marido, al menos, los bienes parafernales y las arras quedan siempre a salvo para la esposa, pasando en su totalidad a ella y sus herederos al disolverse el matrimonio, aunque nada quede de ellos en natura al varón ni a sus herederos, sin que esté obligada la esposa a responder de las deudas del marido contraídas durante el matrimonio, siendo, por el contrario, preferida a todos los demás acreedores. Pues bien, cuando el matrimonio se haya celebrado en sociedad de bienes por mitad, todos los gastos que haga el marido son perdidos en su mitad por la mujer; y si desapareciesen todos los bienes propios de ambos cónyuges y quedasen deudas al disolverse

el matrimonio por muerte del marido, la mujer deberá pagar la mitad de los gananciales. Sería muy duro que la mujer, entrando en tal sociedad con el varón, no pueda enajenar nada en absoluto sin su autorización, y si él fuere austero y avaro y le negase toda autorización, estuviera obligada a restituirle los gastos hechos moderadamente, según la costumbre de las demás de su clase, mientras que él queda libre para enajenar todos los bienes que le parezcan.

11 Y si se nos objeta el *cap. quod Deo* (*XXXIII, q.* 5), donde San Agustín dice a una casada: "Nada debiste hacer de tu vestido, de tu oro, de tu plata, de tu dinero o de cualesquiera otros bienes terrenos que te pertenezcan, sin su autorización." Pues aquí se refiere San Agustín a las limosnas y larguezas inmoderadas, como eran en el caso en cuestión. Pues había enajenado todos sus bienes en vida del marido, viviendo en hábito monacal, como si fuera una monja, en casa particular.

12 Como quiera, pues, que la esposa puede hacer limosnas moderadas y donaciones según la cualidad de su estado, incluso sin autorización del marido, como vimos, es evidente que puede también reunir, no sólo a sus padres indigentes, sino también a sus padres y otros consanguíneos, haciéndoselas a ellos sin autorización del marido, con tal que no haga, además, otras limosnas y larguezas que, unidas a éstas, excedan de la suma que ella pueda gastar sin la autorización del marido. Del mismo modo que éste puede, en lugar de dar limosna a otros pobres, darlas a sus parientes indigentes. Lo cual podemos probar, pues el orden de caridad exige que sean precedidos, en primer lugar, los próximos, y como dicha suma puede darse lícitamente a otros pobres, o incluso ser donada a personas no indigentes, se deduce que lícitamente se pueden entregar a los consanguíneos pobres. E incluso exige la equidad que se trate mejor a los consanguíneos que a los demás, y que ello parezca bien al otro cónyuge, con tal que el exceso no sea grande; pues una de las circunstancias que deben tenerse en cuenta para juzgar lo

que puede gastar la esposa sin consentimiento del marido es precisamente la pobreza de sus parientes.

No obstante, debemos hacer algunas observaciones. Primero, que las donaciones remuneratorias, debidas por gratitud, y a las cuales están obligados ambos cónyuges, no deben ser omitidas para emplearlas en limosnas de los parientes de uno solo de los cónyuges. La razón es, ya que estas donaciones remuneratorias pueden ser mayores, según la cuantía de los méritos; ya también que la deuda es de ambos, sin que uno de los cónyuges pueda privar al otro de dicho provecho para darlo a sus consanguíneos pobres. 13

Segunda, a no ser que la pobreza de los parientes sea muy grande, deberán hacerse, no obstante, algunas limosnas ordinarias a los demás, para ejemplo de los vecinos y honra de la familia, así como en evitación del escándalo que produciría a los que desconociesen la causa de omitir las limosnas acostumbradas.

Tercera, ya vimos en la disputación 128, al tratar del quinto efecto de la patria potestad, hasta qué punto, no sólo los hijos, sino también las hijas, aunque estén casadas, están obligadas a pasar alimentos a sus padres pobres, pudiendo éstas y debiendo cumplir dicha deuda, incluso contra la voluntad del marido; sobre todo lo cual véase lo que allí dijimos. Y creo que esta deuda deberá pagarse de los bienes comunes a ambos cónyuges, si el matrimonio se ha celebrado en sociedad de bienes por mitad. Y si se ha celebrado en contrato de arras y dote, deberá pagarse de los bienes gananciales, si los hay; y si no los hubiere, deberá la esposa computar lo que entregue a sus parientes en la parte que haya de corresponderle al disolverse el matrimonio.

Con lo dicho tenemos suficiente para resolver la cuestión tratada por Navarro (loc. cit., núm. 155), sobre si la mujer que haya aportado una gran dote podrá dar a su nodriza cuarenta escudos contra la presunta voluntad de su marido. Navarro lo niega, aunque se los vaya dando poco a poco, cuando desde el principio haya tenido dicha inten- 14

ción. Mas creo que ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que se trata de una donación remuneratoria de la esposa, exigida por la recta razón, con tal que no sea inmoderada, con relación a la clase a que pertenezca; pues ella ha comprado con su dote y demás bienes el derecho a poder hacer los gastos que necesite; de modo que así como el marido hubiera podido hacer tal donación a su propia nodriza, podrá también, probablemente, hacerla la esposa, sobre todo si el matrimonio se ha celebrado en sociedad de bienes por mitad o aunque exista contrato de arras y dote, si existen estos bienes comunes a ambos cónyuges, podrá también hacerlo en España. Además, aunque yo creo que no debe abrirse la mano en este punto a las mujeres más de lo justo, sino que más bien deben ser coartadas, no hay duda de que si la esposa deja de hacer otras donaciones y gastos que le serían lícitos para poder dar dicha suma a su nodriza, exigiéndolo la equidad; y habiendo aportado suficiente dote y otros bienes para poder hacerlo, siendo grandes las riquezas de ambos cónyuges; por lo que yo no vacilaría en afirmar que sería lícito dar dicha suma de una vez o por tiempos; y el tener desde el principio la intención de hacerlo así, no puede ser causa suficiente para declararlo ilícito, cuando no lo hubiera sido sin dicha intención en el mismo período de tiempo.

15 En los casos siguientes están de acuerdo los doctores ser lícito a la esposa obrar ocultamente y contra la voluntad del marido:

Primero, para evitar un daño notable al mismo marido o a la familia, gastando la esposa lo que tuviera por conveniente. Así lo hizo Abigail, sin consultar para nada a su marido cuando favoreció al rey David (Reyes, I, 25), afirmándolo Navarro y varios otros (loc. cit.). La razón es que el perjuicio temporal del marido o de la familia perjudica también a la esposa y a sus bienes, por cuya razón proceda de la malicia del varón o de cualquier otra causa, siendo descuidada por inadvertencia, ignorancia, malicia o por cualquier otra razón de éste, podrá lícitamente la mujer hacerle

frente, haciendo los gastos necesarios, de acuerdo con su familia.

Por la misma razón, como afirman Navarro (ibíd., número 154) y otros rectamente, si el varón prodiga y dilapida 16
los bienes, será lícito a la esposa esconderlos y conservarlos contra su voluntad, proveyendo para el futuro su propio bien y el de la familia, sin que esté obligada en esta parte a obedecer al marido, en perjuicio de éste y de la familia.

Asimismo, como afirman Navarro (ibíd.) y otros, será lícito a la esposa hacer moderadas limosnas para evitar la ruina espiritual de su marido, contra su beneplácito, para que por esta vía Dios le ilumine y le traiga a verdadera penitencia; mas ello no nos parece admisible cuando no redunde en perjuicio temporal de la esposa. Ya que el daño espiritual del varón no perjudica a la esposa, pues ésta podrá evitar todo pecado; y del mismo modo que los extraños no podrían tomar sus bienes para hacer limosnas, con el fin de apartar el pecado, así tampoco podrá hacerlo la esposa, haciendo limosnas contra su voluntad.

También cuando la esposa tenga la administración de 17
los bienes por ausencia de su marido, o por haber sido declarado pródigo o demente, etc., podrá la esposa aumentar las limosnas y hacer las donaciones y demás gastos acostumbrados por su marido, como afirman el Paludano, Navarro y otros (loc. cit.). Mas es equitativo que la esposa sea algo más escasa que lo era el marido, sobre todo cuando comprenda que ésta hubiera sido su voluntad, si estuviera presente o en su sano juicio.

Cuando el marido determina exactamente lo que haya 18
de invertir la esposa en su alimentación y demás gastos, si ella, viviendo parcamente, consigue ahorrar algo, podrá hacer limosnas y otras donaciones, como afirman comúnmente los doctores. Y baste lo dicho sobre esta materia (1).

---

(1) Toda esta disputación, de trascendencia más bien moral que jurídica, es de gran actualidad en muchos de sus supuestos.



DISPUTACION CCLXXV

DE LAS DONACIONES Y GASTOS HECHOS CON LAS CONCUBINAS. Y DE LA DONACIÓN HECHA A LA CONCUBINA POR UN MILITAR O POR UN CLÉRIGO

Sumario:

1.—En Portugal, el marido no puede donar ni enajenar en modo alguno bienes inmuebles sin consentimiento expreso de su mujer, pero sí, en cambio, los muebles.

2.—Esta ordenanza ha de entenderse debidamente, del modo recibido por el uso.

3.—La esposa puede, en Portugal, repetir durante todo el tiempo que viva su marido lo que éste dé a una concubina, sean bienes muebles o inmuebles.

4.—Pruébase lo contrario con un ejemplo, y se explica la ordenanza del Reino de Portugal.

5.—Defiéndese dicha ordenanza interpretándola como referente a cualquier donación hecha por el marido a la concubina, sea de bienes muebles o inmuebles.

6.—En Portugal, cuando una mujer reciba de un hombre casado algo en precio del acto venéreo, en perjuicio de su esposa, no está obligada a su restitución a la esposa, mientras no se dé sentencia, a no ser que lo entregado fuera uno de los bienes comunes.

7.—Hasta qué punto puede el marido hacer donaciones, en el reino de Castilla.

8.—*Quid* de los bienes comunes a ambos cónyuges. Item números 9 y 10.

11.—Explicación racional de la costumbre castellana.

12.—Opinión media aceptable, según la cual, en Castilla, el varón tiene mayor libertad que en Portugal para las donaciones.
13.—En Portugal, el marido causa injuria a la esposa dilapidando los bienes comunes.
14.—Los militares pueden repetir las donaciones hechas a las concubinas.
15.—De si los herederos de un eclesiástico pueden repetir lo que éste haya dado a una concubina.

1 Por Derecho portugués, el marido no sólo no puede donar, sino que no puede hacer enajenación alguna de bienes inmuebles sin el consentimiento expreso de la esposa, ya se haya celebrado el matrimonio en sociedad de gananciales, ya de arras y dote, como consta en las Ordenanzas, lib. IV, tít. 6, y más extensamente trataremos más adelante. E incluso del dinero y demás bienes muebles donados por el marido sin consentimiento de la esposa, disuelto el matrimonio por muerte de uno de ellos, deberán ser computados en la parte correspondiente al marido o sus herederos, a no ser que la donación sea remuneratoria o limosna, pues éstas puede hacerlas el marido sin consentimiento de la esposa, con tal de que no sean inmensas, pues entonces, lo mismo la esposa que sus herederos podrán pedir su anulación. Lo cual ha de entenderse en cuanto les produzcan perjuicio, es decir, accionando para que el exceso se compute en la parte del marido, y en defecto de los bienes de éste, para que el donatario restituya la mitad del incremento, que pertenecerá a la esposa. Todo ello consta en el tít. 6 cit., párr. últ.

2 Esta Ordenanza, no obstante, ha de entenderse razonablemente, del modo que ha sido recibida por el uso. En efecto, el varón puede, como administrador de los bienes, hacer sin consultar a su esposa donaciones de poca importancia, según lo exija la misma administración de los bienes, según las riquezas de cada uno, de modo que no estará

obligado después a computarlas en su parte. Sobre todo, considerando lo que dijimos en la disp. anterior, que también la esposa puede hacer sin consultar al marido donaciones moderadas, según la costumbre de las demás de su clase, conforme a su estado y a la cuantía de su fortuna. Y así como el hijo de familia dedicado a la curia o a los estudios, que viva lejos de sus padres, y que tenga la administración de los bienes que éstos le envían para su sustentación, puede hacer las donaciones acostumbradas por los demás de su estado, cuando el padre no le haga especiales restricciones, y aunque haga alguna donación de poco momento inútil y malamente, no está obligado después a traerla a colación con sus hermanos, así también, y con mayor razón, hay que decirlo respecto al marido mismo, aunque haga alguna donación ligera, por relación a su fortuna, malamente hecha, sin que esté después obligado a computarla en su parte, pues la administración en esta variable vida no puede llevarse con tanto rigor. Y por la misma razón, aunque la esposa haga desacertadamente alguna módica donación de los bienes comunes, no estará obligada a computarla en su parte. Mas si el marido donase alguna suma para dote de su hermana, o hiciera otras grandes y extraordinarias donaciones sin consultar y obtener el libre consentimiento de su mujer, o ésta sin el consentimiento del marido, deberán computarlas en la parte que haya de tocarles de los bienes comunes.

Dice Navarro (*Manual*, cap. 17, núm. 155), que si el marido no computa en su parte alguna donación importante hecha sin consentimiento de la esposa, estará obligado el donatario a advertírselo a ésta, para que haga la oportuna compensación u obligue al marido o a sus herederos a hacer dicho descuento. Obsérvese, no obstante, que si fuese la esposa la que lo hiciese ignorándolo el marido, como quiera que ella no tiene la administración de dichos bienes, y peca, por tanto, contra la justicia respecto a su marido, no sólo ella, sino que también el donatario estaría

obligado, no sólo a advertirlo al marido, cuando la mujer no computase lo donado en su parte, o a los herederos del marido, sino también a restituir a aquél o a éstos la parte que les correspondiera en la cosa donada.

3 Asimismo, por Derecho portugués, si el marido dona algo a una concubina o a cualquier otra mujer con quien tenga relación carnal, sea mueble o inmueble, podrá la esposa, sin consentimiento del marido, repetirlo durante toda la vida de éste, y durante cuatro años después de su muerte, adjudicándosele íntegramente a ella, para que pueda disponer libremente, incluso en vida del marido. Y si la esposa muriese antes que él, podrán sus herederos, con tal que sean ascendientes o descendientes, repetirlo durante los cuatro años siguientes a su muerte. Y lo mismo se dispone respecto a los bienes vendidos, pignorados o transmitidos por cualquier otro contrato a dicha concubina, sin que la esposa haya de pagar precio alguno, como tampoco sus herederos, porque se presume que ha habido fraude y que el varón no ha recibido precio alguno. Mas como la ley se basa en una presunción, si a la mujer le constase que realmente el marido ha recibido un precio, en el fuero de la conciencia estará obligada a devolver dicho precio o cualquier otra cosa recibida por su marido en compensación. Todo lo cual consta en las Ordenanzas (lib. IV, tít. 8; y libro V, tít. 28, párr. últ.)

4 Gama (Decis., 226), refiere cómo una esposa reclamó a la concubina de su marido el dinero que éste le había donado, dándose sentencia a su favor por el primer juez, de acuerdo con las leyes citadas; pero que ésta fué revocada en el Tribunal Supremo. Este se apoyó, en primer lugar, en que, según sus magistrados, la Ordenanza refería únicamente a las cosas cuyo dominio no hubiera pasado a la concubina, pudiendo la esposa reivindicarlas; mas como el marido había donado dinero a la concubina, y ésta lo había gastado, comprando varios bienes, había adquirido el dominio de éstos, pues cuando se hace una compra con dine-

ro ajeno, se adquiere el dominio de la cosa comprada. Además, según ellos, el marido, del mismo modo que puede enajenar bienes muebles sin el consentimiento de la esposa, puede también donarlos, sin que la esposa pueda revocar la acción hecha por el marido, a no ser que sea inmensa y no queden otros bienes de donde pueda tomar su mitad y los bienes suyos propios, según el párr. últ. cit.

5 Pero yo, de acuerdo con Gama (ibíd.), creo que la sentencia del juez primero fué la justa, y que no debió ser revocada, oponiéndose la casación al verdadero sentido de las Ordenanzas. En efecto, las Ordenanzas hablan en general de cualquier cosa dada por el marido a la concubina, sea mueble o inmueble, ni distingue para que la esposa pueda reivindicarlas, que ésta conserve o no el dominio, sino también cuando se haya consumido contra la prescripción de la ley, exponiéndose al peligro de tener que pagarla, si la esposa la repite, de acuerdo con la Ordenanza en cuestión. Pues de otro modo las Ordenanzas no lograrían el fin que se proponen de proteger a la esposa, si no se refirieran a todos los casos en general. Añádase que el marido transfiere a la concubina la propiedad de todas las cosas muebles que le entregue, sin que ésta esté obligada a restituirlas a la esposa, mientras no se dé sentencia, o su valor, si el marido quiere que su esposa no sufra perjuicio, pues de lo contrario, la concubina estaría únicamente obligada a restituir, no el íntegro valor de la cosa, sino lo que hubiera importado a la esposa, esto es, la mitad, si el matrimonio se ha celebrado en sociedad de gananciales, o si la cosa era común al varón y a la mujer, cuando el contrato sea de arras y dote; y nada cuando no haya bienes gananciales y la esposa no haya sufrido perjuicio en su dote y demás bienes. Por lo que si la concubina ha vendido la cosa, no podrá la esposa reivindicarla al tercer poseedor, sino que sólo tendrá una acción personal para reclamar a la concubina el valor de la cosa.

Por todo lo cual, la ley portuguesa, que concede a la es-

posa la totalidad de la cosa donada a la concubina, tiene carácter penal, y no obliga antes de darse sentencia. Y de todo lo dicho se deduce que es falso el primer fundamento del Tribunal Supremo. Y el segundo también carece de todo valor, pues si bien las Ordenanzas permiten al marido enajenar los bienes muebles sin consentimiento de la esposa por cualquier otro título, establecen, no obstante, expresamente que si donare sin consentimiento de la esposa, estará obligado a computarlo en su parte, a no ser que las donaciones sean remuneratorias o limosnas. Y la excepción de que las donaciones sean inmensas sólo se refiere a las limosnas y donaciones remuneratorias, como se deduce claramente del tít. 6, párr. últ. cit.

6 De lo dicho se deduce que en Portugal, cuando una mujer reciba algo de un hombre casado como precio del acto venéreo, o como donación, en perjuicio de la esposa de éste, no está obligada a restituir a la esposa mientras no se dé sentencia. Mas cuando se trate de un bien común al marido y a la esposa, como ocurre en general, como quiera que la concubina coopera a la injusticia que el marido comete contra la esposa haciendo este gasto, si bien adquiere el dominio de la cosa recibida, y no está obligada a restituir nada a la esposa, si el marido, como está obligado, obtiene la condonación de la esposa o le satisface computando dicha cosa en su parte de bienes, si llega a entender que la esposa quiere que se le restituya; mas cuando la concubina crea que el varón no ha de restituir, a pesar de quererlo así la esposa, deberá hacerlo ella misma, devolviéndole su parte. Dígase lo mismo del hombre que reciba algo de la mujer ajena, el cual sólo en defecto de la misma mujer estará obligado a restituir al marido la parte que le correspondiera en dichos bienes, y los daños y perjuicios, procedentes al menos de lucro cesante.

7 En el Reino de Castilla, en el cual no se acostumbra a hacer el contrato de bienes a partes iguales en el matrimonio, cabe dudar hasta qué punto podrá el varón donar los

bienes gananciales y gastarlos sin consentimiento de la esposa, y si está obligado o no a alguna restitución en favor de ésta, si los dona superfluamente o los gasta mal. En primer lugar, consta que en dicho Reino el esposo tiene la libre disposición de todos estos bienes sin consentimiento de la mujer, aunque sean inmuebles, siendo válido todo contrato que haga para su enajenación, a no ser que se pruebe el ánimo de defraudar la parte de su esposa. Pues así lo establece la l. 5, tít. cit. de la Nueva Recopilación: "Otrosí, que los bienes que fueren ganados y mejorados y multiplicados durante el matrimonio entre el marido y la mujer, los pueda enajenar el marido durante el matrimonio, si quisiere, sin licencia ni otorgamiento de su mujer. Y que el contrato de enajenamiento vala, salvo si fuere probado que lo hizo cautelosamente por defraudar o damnificar a la mujer."

Palacios Rubios (*Rub. cap. per vestras, de donat., párrafo* 66), dice que el varón no puede donar los bienes comunes sin consentimiento de su esposa, y que por esta razón, si donare algo de ellos sin dicho consentimiento, estará obligado a computarlo en su propia parte. Y cree que lo mismo ocurrirá en los bienes empleados en librarse de la responsabilidad de un delito, y con mayor razón de los gastados con meretrices, o de cualquier otro modo prodigados y tirados. 8

Navarro (*Manual*, cap. 17, núm. 15), aunque afirma con Juan López (*Rub. de donat. inter virum et uxorem*) que el marido no está obligado a restituir a la esposa los bienes comunes que gaste, bien o mal, por cuanto solamente se consideran gananciales los lucros subsistentes en el momento de la disolución del matrimonio, pues los demás, aunque por mitad enriquecían a la esposa, lo hacían de un modo revocable; pues el marido conservaba su libre administración, pudiendo perjudicar a su esposa y a sí mismo con una mala administración; no obstante, al final de dicho número opina lo contrario respecto a las donaciones, 9

afirmando que si el marido las hace sin el consentimiento de la esposa, estará obligado a computarlas en su parte; y que el donatario, si el marido no lo hiciere así, estará obligado a manifestarlo a la esposa, para que ésta tome la oportuna compensación u obligue al marido o a sus herederos a computar tales gastos en su parte.

10 Antonio Gómez (ad. l. 50 de Toro, núm. 75), Gregorio López (ad. l. 13, tít. 10 de la Partida V), Juan López, citado por Navarro, y varios otros, afirman que puede decirse que el marido tiene la más absoluta administración de todos los bienes comunes, en el sentido de que aunque los gaste y prodigue por donación, para librarse de la responsabilidad de un delito, con meretrices, etc., no estará obligado a restitución alguna a su mujer, ni a computar tales gastos en su parte, con tal que no los haga en fraude de la esposa, para privarla de una parte de sus bienes: lo cual se presumiría cuando hiciera alguna donación desmesurada. De este modo entienden la citada ley de Castilla, que así parece establecerlo, afirmando que tal es lo recibido en el estilo y práctica de dicho Reino.

11 Para probar que esto se haya podido establecer sin injuria de la esposa, y recibirse en la práctica, pruébanlo con las consideraciones siguientes. En primer lugar, que la esposa, en el Reino de Castilla, lleva siempre a salvo todo su capital, aunque nada conserve de él su marido o los herederos de éste, recayendo, por tanto, las pérdidas todas de los capitales de ambos únicamente sobre el marido.

En segundo lugar, el marido es el que realiza casi todas las ganancias, por lo cual en Derecho común le pertenecían todas las ganancias, lo mismo que los daños; por lo cual no es ajeno a la equidad, que si bien en dicho Reino la esposa adquiere la mitad de las ganancias existentes al disolverse el matrimonio, tenga, no obstante, el varón la libre facultad de enajenar todos los bienes, muebles e inmuebles, salvo siempre el capital de la esposa, por todo el tiempo que persevere el matrimonio, sin que esté obligado

a hacer ninguna restitución a la esposa, aunque los gaste y pierda pródiga y desordenadamente, con tal que no lo haga en fraude de la mujer, con ánimo de disminuir la parte que debiera corresponderle en los gananciales.

Mas nosotros aceptaremos cierta opinión media, de 12
acuerdo con Molina (*De primog.*, lib. II, cap. 10, núm. 65 y sig.), que trata esta cuestión doctamente, como suele hacerlo, y Gutiérrez (*De pactis*, lib. II, q. 121), pareciendo ser ésta la opinión del mismo Navarro y de otros que él cita. Creemos, en efecto, que por lo que toca a las donaciones, el marido tiene alguna mayor libertad en Castilla que en Portugal, respecto a los bienes gananciales, pudiendo ejercer su liberalidad con alguna mayor largueza, todo lo cual va unido a la administración de los bienes. Mas no podrá hacerlas excesivas y con notable detrimento de la esposa, sean estas donaciones en favor de los consanguíneos o afines, o de otras personas, estando obligado, lo mismo en el fuero de la conciencia que en el fuero externo, a computar el exceso en su propia parte de bienes. La razón es que la facultad de enajenar no comprende propiamente el derecho a donar, sobre todo de un modo excesivo, como prueba la *l. creditor, párr. Lucius, ff. mand.*, donde se establece que el mandato de disponer de una cosa como si fuese propia no comprende la facultad de donar, aunque se pueda enajenar por cualquier otro título.

Además, por epikeya no pueden juzgarse comprendidas en dicha ley de Castilla las donaciones excesivas en perjuicio de la esposa, pues tal ley sería irracional y poco equitativa, lo cual nunca ha de presumirse en los legisladores, particularmente siendo cristianos; pues la ley nunca comprende lo que hubiera negado el legislador, si se le hubiera interrogado en particular sobre tal asunto. Añádase que estas donaciones excesivas deben presumirse hechas con el ánimo de defraudar a la esposa, aunque se hayan realizado por afecto a los consanguíneos o a extraños; por lo que la misma ley de que tratamos prohibe las donaciones hechas, in-

cluso las presuntas, en fraude de la esposa, como rectamente dice Molina que debe entenderse dicha ley. Y yo creo que también se deduce de ella que si por un delito de la mujer hubieran de hacerse gastos, produciéndose de este modo una disminución en los bienes gananciales, no estará obligada a restituir nada de su propio capital al marido; pero sí cuando hubiese disminuído el capital del propio marido, pues entonces la mujer deberá indemnizar a éste de los perjuicios causados por su delito.

13 En Portugal, como quiera que no hay ningún ordenamiento semejante, y prescindiendo de la disposición citada del Derecho positivo de Castilla, por las razones que antes explicamos, si se atiende únicamente a la naturaleza de las cosas, el marido causa injuria a la esposa dilapidando los bienes comunes; de modo que si el marido que se haya casado bajo contrato de arras gastase los bienes gananciales, donando superfluamente para librarse de un delito cometido por su culpa, o con meretrices o de cualquier otro modo que suponga injuria para la esposa, estará obligado a computarlo en su propia parte. Sobre todo considerando que el matrimonio celebrado bajo contrato de arras no le concede en dicho Reino una administración más amplia que cuando se haya hecho bajo contrato de bienes por mitad, como consta en las Ordenanzas, lib. IV, tít. 6, y en los demás lugares citados.

14 Respecto a lo que llevamos dicho sobre las donaciones hechas a concubinas, observaremos que la *l. 2, C., de donat. inter virum et uxorem* ha establecido en favor de los militares, que las donaciones hechas por éstos a sus concubinas sean nulas, pudiendo revocarse y repetirse lo donado; de modo que si se hiciere alguna promesa gratuita, no obligará en el fuero de la conciencia ni en el fuero externo; pues cuando una ley concede la repetición, con mayor razón permite la retención y excepción en caso de que se exija el cumplimiento. Mas si se tratase del precio justo por el abuso de su cuerpo, no podrá repetirse, por tratarse de

cosa distinta de la donación, a que únicamente se refiere dicha ley. Y análogamente lo dado en recompensa a cualesquiera obsequios y beneficios, por tratarse de una donación remuneratoria, ya que dicha ley se refiere únicamente a las donaciones meramente gratuitas, como rectamente observa su glosa correspondiente.

Apoyándose en dicha ley, como quiera que un cierto eclesiástico hubiera donado a su concubina algunas fincas, los herederos del clérigo pretendieron en Portugal repetirlas a nombre del difunto, como si el clérigo, a modo de soldado de Cristo, según la doctrina de Bártolo, seguida por la adición a la glosa citada, gozase del mismo privilegio en este punto que los soldados de la milicia secular. Y aunque (como refiere Gama, en la decis. 58) el asunto fué discutido, al final se decidió que tales bienes, como torpemente dados y torpemente recibidos, con ocasión de cohabitar con un eclesiástico, lo cual es punible en el fuero externo, se adjudicasen al Fisco. Gama, no obstante, cree que más bien debieron entregarse a los herederos del clérigo, basándose en dicho privilegio de los militares, opinando con Bártolo y la adición a la glosa citada que ello tendrá también lugar en los soldados de la milicia espiritual. Mas yo creo que la sentencia fué correcta, pues nadie me ha podido persuadir de que aquel privilegio y otros semejantes, concedidos a los soldados seglares, sin pensar para nada en la milicia espiritual, deban extenderse a los clérigos, a no ser que especialmente alguna ley haga esta extensión analógica.



DISPUTACION CCLXXVI

HASTA QUÉ PUNTO EL RELIGIOSO PUEDE DONAR O HACER LIMOSNA

Sumario:

1.—Los superiores religiosos, que tienen absoluto poder y administración, pueden hacer limosnas con lo sobrante de sus conventos.
2.—Pueden análogamente hacer donaciones remuneratorias y de cualquier otra clase.
3.—Los oficiales menores del monasterio, que deben ser amovibles, pueden hacer limosnas adecuadas.
4.—Puede también hacerlas el religioso expulsado.
5.—*Quid* del religioso que tenga un beneficio, o el uso y disposición de cualesquiera otros bienes.
6.—De si es lícito conceder a los religiosos rentas anuales, que no sean beneficios eclesiásticos.
7.—Los demás religiosos que vivan en los monasterios nada pueden donar sin la autorización del superior.

Santo Tomás (IV, dist. 15, q. 2, art. 5, q. últ.), el Abu- 1
lense (in VI, cap. Math., q. 60) y otros, afirman rectamente que los superiores de un convento que tengan la suprema administración de los bienes y no hayan recibido órdenes de jerarquías superiores en este punto, pueden y deben hacer limosnas con los sobrantes de la comunidad. E incluso de los bienes necesarios, es decir, no superfluos, sino convenientes al convento, deberán y podrán ha-

cer limosnas adecuadas, según un prudente arbitrio. Pueden también donar moderadamente, por razón de su administración, del modo que luego diremos, como rectamente afirman Medina (en su libro sobre la limosna, *cap. de quibus bonis eleemosyna sit facienda, párr. Abbates*), y otros. Mas el Paludano observa rectamente (IV, dist. 10, q. 3, conc. 5) que si bien pueden hacer limosnas en vida, y algunas donaciones, no pueden los abades legar a su muerte, sin expresa autorización del Sumo Pontífice. Porque no son dueños de tales bienes, sino sus administradores, cuya administración expira con la vida.

2 En general, cabe afirmar lo siguiente respecto a los superiores religiosos: de acuerdo con las riquezas del monasterio o convento, y considerando todas las demás circunstancias concurrentes, procurando observar los reglamentos, si los hubiere en el monasterio, por disposición de toda Orden, de la Provincia o de cualesquiera otros superiores, sobre su cantidad, modo e intervención de la mayoría del Capítulo, o de la opinión de algunos especialmente designados, podrán hacer no sólo limosnas adecuadas, sino también donaciones remuneratorias, y cualesquiera otras que se juzguen necesarias para el bien del monasterio y la decente y recta administración de sus bienes, sobre lo cual puede verse a Navarro, *cap. non dicatis*, núm. 11. Mas siendo un administrador y no un dueño de dichos bienes, si algo donase constando que ello supone disipación y no administración de dichos bienes, no sólo peca el superior, sino que hace donación inválida, estando obligado el donatario a restituir al convento, y también el mismo superior, si de cualquier modo pudiere hacerlo. Así, si (lo cual no ocurra nunca) viviere lujuriosamente, y regalase a su concubina, como rectamente dice el Abulense (*VI, cap. Math.*, q. 37). Asimismo, si de un modo desordenado, esto es, sin causa razonable, hiciera donación a sus consanguíneos de los bienes del monasterio.

3 Los ministros menores u oficiales, que en su orden y grado administran los bienes del monasterio, bajo el nombre de procuradores o cualquier otro (todos los cuales, como establece el Concilio de Trento, sesión 25, cap. 2, deben ser amovibles), pueden hacer las adecuadas limosnas, según las reglas y costumbres de cada religión o monasterio, o según la orden y voluntad, por lo menos presunta, sin duda alguna, del superior de dicho monasterio. Véase, entre otros, a Navarro (*cap. non dicatis*, núm. 8 y 9). Mas en nuestra Compañía depende en absoluto de la disposición y voluntad, al menos presunta, de los superiores.

Por lo que toca a los demás religiosos, diremos que en 4
primer lugar el profeso expulsado del monasterio, según vimos en la disp. 140, aunque es un verdadero religioso y no puede tener dominio alguno, de todos modos se le considera tácitamente otorgado el permiso para vivir fuera de la obediencia y regla de su religión, y también la utilidad y uso de todos los bienes que adquiera. Mas todos los bienes que subsistan a su muerte, como vimos en el mismo lugar, pertenecen al monasterio de donde proceda. Pues bien, no hay duda que este religioso puede mientras viva hacer las limosnas y donaciones no malas que quisiere, siendo válidas, lo cual se prueba por cuanto tiene derecho a toda la utilidad, uso y disposición de sus bienes, lo mismo que si no fuera religioso, sin tener superior a quien deba obedecer en este punto, y cuyo ordenamiento y voluntad deba acatar en esta parte, siendo, por tanto, respecto a la administración, adquisición y enajenación de estos bienes totalmente *sui iuris* y equivalente a un propietario. Por cuya razón creo que, aunque lo gaste con meretrices o de cualquier otro modo perverso, sus actos serán válidos, sin que los donatarios tengan más obligación de restituir que si él fuera un seglar y verdadero dueño de dichos bienes. En cambio, no podrá disponer por acto de última voluntad de dicho bienes, sin expresa autorización del Sumo Pontífice, como vimos en el lugar citado, por cuanto no es su dueño, y sólo tiene derecho al uso y utilidad de ellos mientras viva.

5 El religioso que viva en el convento o fuera de él lícitamente y que tenga un beneficio eclesiástico o la utilidad, libre uso y disposición de cualesquiera bienes, como las rentas de una cátedra o cualquier otro cargo que ejerza, o a quien su convento conceda anualmente una renta para su sustento, o a quien sus padres, consanguíneos o cualquier otro, con autorización del monasterio o dispensa del Sumo Pontífice, pasen una renta anual, que suele llamarse *tenca* en el Reino de Portugal, y, en general, que tenga el uso y disposición de cualesquiera bienes con autorización del superior, con tal que lo haga observando las restricciones que se le hayan puesto para su uso y disposición, v. gr., de que emplee sus rentas en tales cosas y no en otras, o que recurra al superior para que le autorice, debiendo él decirle si está o no conforme con su empleo; podrá hacer de estos bienes las limosnas convenientes y donaciones para fines que no sean ilícitos, porque si donare ilícitamente, por ejemplo, a una concubina, o de cualquier otro modo perverso, su acto será inválido, estando obligado el donatario a restituir al monasterio o a la iglesia cuyos fueren dichos bienes. Ya que ha de presumirse que el Prelado no ha autorizado tales enajenaciones cuando permitió al religioso el uso de tales bienes, ya que en una autorización general no se juzgan comprendidos los casos que se hubieran excluído si se propusieran en particular; ni aunque el superior hubiera pretendido conceder tal facultad hubiera podido hacerlo, ya que su poder no ha sido concedido para fines malos, y no se extiende a tanto; por lo que tal enajenación será en todo caso nula de pleno derecho, debiendo, por tanto, el donatario restituir lo recibido, como afirma rectamente el Abulense (*cap. Math.*, q. 37).

Mas cuando la donación del religioso de que tratamos haya sido hecha a los consanguíneos con los bienes del beneficio eclesiástico que administre, como no es dueño de esos bienes, al contrario de los demás beneficiados, ya vimos, al tratar de los testamentos de los beneficiados, hasta qué

punto será válida o inválida tal donación. Obsérvese, además, que el religioso beneficiado tiene la libre disposición de las rentas de su beneficio para todos los fines píos y los que se refieran a su congrua sustentación, sin que en este punto se le puedan poner restricciones. Véase sobre todo ello a Navarro (*cap. non dicatis, núm.* 9 a 12).

Respecto a si después de lo que estableció el Concilio 6 de Trento en su sesión 25, cap. 2, será o no lícito conceder a los religiosos estas rentas anuales, cuando no sean beneficios eclesiásticos, Navarro lo trata en el *cap. non dicatis, núm.* 14 *y sig. y núm.* 18, y en el *cap. nullan, núm.* 24 *a* 36. Y aunque opina que no se les puede permitir que los posean como suyos propios, ni tampoco a nombre del monasterio, pero concedidos a ellos para cualesquiera usos, incluso los profanos, ni siquiera para usos píos, sin justa causa, cree, no obstante, que no se opone dicho decreto a que con justa causa se concedan, no para cualesquiera usos, sino únicamente para los piadosos y honestos y con carácter amovible, según la voluntad del superior. Yo así lo creo; mas donde no se hayan introducido tales concesiones o aunque se hayan introducido puedan extinguirse sin escándalo, convendría ciertamente abolirlas en absoluto, y en modo alguno permitirlas de nuevo, lo cual es mucho más conforme con la disposición del Concilio de Trento.

Por lo que toca a los restantes religiosos, convienen to- 7 dos en que mientras vivan en el monasterio no pueden hacer limosnas ni donar de cualquier otro modo, a no ser con el beneplácito, al menos indudablemente presunto, del superior, como consta en el *cap. non dicatis, XII, núm.* 1, y *cap. cum ad monasterium, de statu monachorum.* Mas cuando estén peregrinando, con licencia de sus superiores, o realizando estudios, convienen igualmente en que pueden hacer limosnas, según acostumbren a hacer los buenos escolares y peregrinos. Pues tal es la voluntad presunta del superior al darle lo necesario para su peregrinación o para su vida de estudiantes; todo lo cual afirma, entre otros, Navarro

(*cap. non dicatis, núm.* 8). Y si el superior diese a uno de éstos una cierta cantidad anual para su sustento, todo lo que quisiere detraer de éste, podrá emplearlo en limosnas u otras honestas donaciones, o en cualesquiera otros gastos decentes. Mas si algo gastasen con meretrices o en otros vicios, no solamente pecarían por enajenar los bienes del monasterio, sino que no podrían transmitir su dominio, debiendo el adquirente restituir al monasterio. Pues, como rectamente afirma el Abulense (*ad cap.* 6 *Math., q.* 37), lo que así gastase, aunque fuese substrayéndolo a su sustento, no pertenece al religioso, sino al monasterio, pues ningún superior ha podido concederle autorización de enajenar ningún bien del monasterio para tales usos, aunque fuera quitándolo de la congrua sustentación.



DISPUTACION CCLXXVII

HASTA QUÉ PUNTO PUEDEN DONAR EL HIJO DE FAMILIA, EL MENOR, EL PRÓDIGO Y EL ESCLAVO

Sumario:

1.—El hijo de familia, si es púber, puede donar sus bienes castrenses.
2.—El hijo no puede hacer donación alguna, sin autorización paterna, de sus bienes profecticios y adventicios.
3.—*Quid* cuando se halle viajando con autorización paterna o cuando sea estudiante.
4.—*Quid* cuando se exceda en sus donaciones, o done para fines ilícitos.
5.—Los menores sólo pueden donar lo que les permitan sus curadores.
6.—*Quid* cuando el menor sea púber, o haya obtenido la dispensa de edad.
7.—El púber puede donar sus bienes catrenses y cuasi castrenses.
8.—El pródigo no puede hacer donaciones sino en cuanto se lo permita el curador. Los dementes nada pueden donar, pero sí los tutores en su lugar.

Si el hijo de familia es púber y tiene bienes castrenses 1
o cuasi castrenses, puede libremente donarlos, lo mismo que puede celebrar sobre ellos los demás contratos, como vimos en las disp. 230, 231 y 261.

Cuando un hijo de familia tenga el usufructo y admi-

nistración de sus bienes adventicios, por vivir lejos de su padre o por haberle éste dejado la administración de algunos de dichos bienes, para lo cual es suficiente que el padre no reclame a su hijo tales bienes, en cuanto a su disfrute y administración, será válida y lícita la donación que el hijo haga de estos bienes, según lo que dijimos en las disp. 138 y 228 respecto al primer y al cuarto efecto de la patria potestad y en las disp. 232 y 271. Pues aunque el padre tenga el usufructo y administración de los bienes adventicios de su hijo, es válida la donación que éste haga con el consentimiento de su padre, con tal que sea púber, sin que tenga importancia que llegue o no a los veinticinco años, como vimos en la disp. 261.

2 Respecto a los bienes que, según lo dicho en las disp. 233 y 234, son profecticios, perteneciendo al padre su propiedad y usufructo; así como respecto a los adventicios cuando el padre tenga su usufructo y administración, no podrá el hijo de familia hacer donación, ni aun como limosna, a no ser conforme al deseo y voluntad de su padre, al menos presuntos, y si lo hiciere en contra, pecará. Pues, como dice Santo Tomás (IV, dist. 15, q. 2, art. 5, q. 2 ad. 2), aunque el hijo tiene un derecho a ser sustentado de los bienes paternos, cuando no tenga otros, no tiene, en cambio, facultad para donarlos sin su autorización, al menos presunta.

3 Mas cuando el hijo se halle de viaje o estudiando en una Universidad o en un Tribunal, viviendo a cuenta de su padre, en general ha de presumirse que es voluntad paterna que su hijo emplee en limosnas o en otras donaciones lo que suelan hacer los demás de su mismo estado y condición. Y según el hijo crea más o menos propensa a esto la voluntad de su padre, considerando las demás circunstancias concurrentes y lo que acostumbren a hacer sus compañeros, podrá donar más o menos, según lo que presuma ser la voluntad paterna.

4 Cuando se exceda, por el contrario, o gaste malamente en diversiones, o con meretrices o de cualquier otro modo

perverso, ya vimos en la disp. 242 hasta qué punto está obligado a restituir, trayéndolo a colación en la partición que haga con sus hermanos, así como hasta qué punto está obligado también a restituir el donatario. Pues cuando haya gastado malamente sus bienes adventicios contra la voluntad paterna, que tiene en usufructo y administración, aunque precaria, rara vez estará obligado a restituir, por tratarse de gastos hechos con bienes que le pertenecían, defraudando difícilmente el usufructo paterno, siendo también raro que el padre fuese tan avaro que pretendiese la restitución del usufructo defraudado. Véase lo que dijimos en la disp. 234 respecto a los gastos realizados por el hijo con los bienes que adquiera por su oficio, viviendo en la casa paterna, o de cualquier otro modo por su industria.

Los menores que no sean hijos de familia, aunque ten- 5
gan curadores y tutores, pueden donar en cuanto se lo permitan dichas personas. Ya vimos en la disp. 224 cuándo pueden y deben permitírselo. Por lo que son lícitas y válidas las donaciones que hagan con el dinero que les pasen para sus gastos sus tutores o curadores, lo mismo si viven en la casa de éstos o lejos de ellas, en las Universidades, Tribunales, etc., con tal que no excedan de la suma prescrita por los curadores. Y si los curadores no les permitieren las limosnas, donaciones y diversiones honestas que explicamos en lugar citado, podrán los menores hacerlo contra su voluntad, pues los curadores están obligados a permitírselo, como asimsmo vimos. Mas, en la duda, deberá estarse al juicio de los curadores.

Si hicieren malos gastos más allá de dicha suma que deba emplearse en su sustento, aunque no estarán obligados a restituir, por cuanto gastan lo suyo, pecan, no obstante, por desobediencia al curador, pudiendo éste repetir lo que hayan enajenado mal y contra sus órdenes. Podrán también repetir los mismos menores, en virtud del privilegio de la restitución por entero, si fueren notablemente lesionados. Mas yo creo que mientras no se haga la restitu-

ción no se puede obligar a restituir al adquirente por violencia, fraude o dolo, según lo que dijimos al final de las disp. 224 y 261. Por lo demás, los tutores y curadores deben hacer tales limosnas y donaciones en lugar del menor, según explicamos en el lugar citado; pero no otras mayores y desacostumbradas, según vimos en el mismo lugar. En lo cual están de acuerdo Juan de Medina (en su tratado sobre la limosna, *cap. de quibus bonis eleemosyna sit facienda*, al final), el Paludano (IV, dist. 15, q. 3, art. 7, conc. 1) y Armil (*verb. eleemosyna*, párr. 7).

6 Cuando este menor sea púber y haya obtenido la dispensa de edad o carezca de curador, serán válidas sus enajenaciones, incluso por donación, de acuerdo con lo que dijimos en la disp. 224, con tal que si enajenaren alguna cosa inmueble intervenga la autorización judicial, pues de otro modo será nula dicha enajenación de cosa inmueble, según lo que dijimos en el mismo lugar. Si fuere lesionado, aunque se trate de bienes muebles, y no ha obtenido la venia de edad para tal enajenación, se le concederá el beneficio de la restitución por entero, como vimos en el mismo lugar.

7 El púber, además, aunque tenga curador y no haya obtenido la venia de edad, podrá donar lo que quiera de sus bienes castrenses y cuasi castrenses, por tener su libre administración, independientemente del curador, como ya vimos respecto al hijo de familia.

8 El pródigo, si tuviere curador, no podrá hacer más limosnas y donaciones que las que le permita su curador; sobre lo cual ha de verse lo que dijimos en la disp. 220. Los que carezcan de uso de razón no podrán donar; pero sí los curadores y tutores en su lugar, como vimos en el mismo lugar y en la disp. 361.

9 El esclavo, si tuviere algunos bienes, por haber celebrado algún pacto con su dueño en virtud del cual éste le pague alguna cantidad diariamente, o en determinadas épocas, del fruto de su trabajo, reservándose el resto, o por cual-

quier otra razón, según lo que dijimos en la disp. 38, o si el dueño le permitiere la libre disposición de algunos bienes, por ejemplo, dándole una cierta cantidad diaria para su sustento, permitiéndole libremente ahorrar algo y venderlo, etcétera; si tuviera, digo, algunos bienes por cualquiera de estos medios, podrá hacer limosna de ellos y hacer otras donaciones y enajenaciones. En cambio, no podrá hacer donación alguna, ni aun como limosna, de los bienes de su dueño sin su beneplácito expreso o presunto. Antes bien, no sólo pecará si lo hiciere, sino que estará obligado a restituir, a no ser que el dueño, aunque haya llevado a mal la donación hecha por su esclavo, incluso tratándose de una limosna, no quiera, sin embargo, su restitución, sobre todo considerando que, en general, el esclavo será incapaz de hacerla. Mas el donatario, si creyese o dudase que la donación se ha hecho contra la voluntad del dueño, no sólo pecaría contra la justicia al recibirlo, sino que estará obligado a restituir, si no le consta la voluntad en contrario del dueño. En la duda, asimismo, de si será o no grato al dueño, nada podrá donar el esclavo. Mas si donare de buena fe, creyendo que ello sería grato a su dueño, y después llega a averiguar la voluntad contraria de éste, no estará obligado a restituir, aunque éste lo quiera así, ya que no existe obligación ni por razón de la cosa adquirida, que él no tiene, ni por razón de injusta adquisición, pues no ha pecado al darlo de buena fe. Pero sí estará obligado a advertir al adquirente que el dueño quiere que se restituya; mas cuando éste lo haya asimismo adquirido y consumido de buena fe y no se ha enriquecido por ello, no está obligado a ninguna restitución. Pero si no lo ha consumido, o si se ha enriquecido, estará obligado a restituir la cosa o el enriquecimiento.



DISPUTACION CCLXXVIII

DE LA INSINUACIÓN NECESARIA PARA LA VALIDEZ DE LAS DONACIONES. ITEM SI SE CONFIRMAN POR JURAMENTO

1.—Por Derecho común, la donación hecha sin insinuación será válida si su valor no llega a los trescientos sueldos; pero no cuando exceda de dicha cantidad.
2.—En Portugal, si la donación se hace por un varón, es válida sin insinuación hasta el valor de trescientos cruzados; pero no si excediere.
3.—De lo que ha de entenderse por sueldos.
4.—En Castilla, las donaciones de catorce reales de plata no necesitan insinuación.
5.—Dicha costumbre se deroga por el aumento del valor de los sueldos.
6.—De si es válida en Castilla la donación no insinuada de quinientos sueldos, estimados cada uno en quinientos cuarenta y cuatro maravedíes.
7.—En el día de hoy los sueldos, para decidir hasta qué punto la donación precisa sería insinuada, no deben estimarse al precio antiguo de cuatrocientos ochenta y cinco maravedíes, y, por tanto, la donación hecha por un varón en Portugal, que exceda el antiguo valor de los trescientos cruzados, debe insinuarse.
8.—Objeción a la restricción procedente del aumento de precio de los sueldos.
9.—De la insinuación.
10.—De si en la insinuación es necesario el conocimiento de la causa, la autorización judicial y la interposición de la autoridad.

11.—Ante quiénes debe hacerse la insinuación en Portugal.
12.—De si el donante puede renunciar la insinuación y la ley que la exige la validez de las donaciones.
13.—De si cuando la donación se confirme por juramento será válida sin insinuación, supliendo el juramento la falta de ésta.
14.—En Portugal, la donación sin insinuación, aunque se confirme por juramento, será inválida en cuanto al exceso sobre el límite legal.
15.—Se refiere la opinión de algunos autores, respecto a la donación hecha sin insinuación, pero confirmada por juramento.
16.—Limitaciones a dicha opinión.
17.—Su refutación por el autor.
18.—De si cuando se hiciere una donación sin insinuación ni juramento, mas poniendo en el instrumento una cláusula en la que diga que hace tantas donaciones como cantidades haya inferiores a quinientos sueldos, será o no válida tal donación.
19.—Su confirmación por una Auténtica *de non alienandis*.
20.—Lo mismo ocurre cuando al mismo tiempo se donen varias cosas cuyo valor individual no pase de los quinientos sueldos, pero sí el de todas ellas.
21.—*Quid* cuando en tiempos diversos y sin insinuación se regalen muchas cosas a una y la misma persona, aunque todas juntas excedan la suma que puede donarse sin insinuación.
22.—*Quid* cuando se dona una cantidad anual, que en un solo año no excede la suma en cuestión, pero sí al cabo de dos o más años.
23.—De si la remisión de una deuda hecha sin insinuación que exceda de quinientos sueldos, o en Portugal la suma que se puede donar sin insinuación, será válida en cuanto al exceso.
24.—*Quid* cuando se haga una venta, por lo menos, de la mitad del justo precio, excediendo la diferencia los quinientos sueldos, si libremente el vendedor la remite.
25.—Distinción a este respecto de las causas de la deuda.
26.—De si el donatario que reciba una donación superior a quinientos sueldos sin insinuación podrá retener el exceso con tranquilidad de conciencia, mientras no le sea reclamado.
27.—El donatario puede retener el exceso con tranquilidad de conciencia, mientras no conozca la voluntad en contrario del donante o de sus herederos, si hubiese muerto.

Vamos a tratar a continuación de lo que se puede donar sin necesidad de insinuación, y de las donaciones que necesitan ser insinuadas en cuanto al exceso de un cierto límite.

Por Derecho común (*l. sancimus, in princ., C., de donat.*), fué establecido que la donación hecha sin insinuación fuese válida hasta el valor de trescientos sueldos; pero que si excediere de dicha suma, sería inválida en cuanto al exceso, aunque válida respecto a los trescientos sueldos incluídos en dicha mayor cantidad, pues en tal caso lo útil no es viciado por lo inútil. Posteriormente, la *l. penúlt., párr. últ., C., cod. tít.*, extendió la validez de las donaciones hechas sin insinuación hasta el valor de quinientos sueldos. Lo cual tiene vigor en el Reino de Castilla, donde la l. 9, tít. 4 de la Partida V establece lo mismo. 1

Por Derecho de Portugal, si la donación es hecha por 2
un varón, será válida sin insinuación únicamente hasta el
valor de trescientos cruzados; pero no en cuanto al exceso.
Si la hace una mujer capaz de donar, sólo será válida hasta
el valor de ciento cincuenta cruzados. Así consta en las
Ordenanzas, lib. IV, tít. 54, *in princ.*

Es dudoso lo que haya de entenderse en el Derecho co- 3
mún y en el de Castilla bajo el nombre de sueldos. En
efecto, los jurisconsultos citados, entre otros, por Julio Cla-
ro (*Sentencias, lib. IV, párr. donat., q. 15*), y más copio-

del tít. 21 del lib. 5 de la *Nueva Recopilación* que el escudo de oro de veintidós quilates, que en tiempo de Carlos V tenía un valor de trescientos cincuenta maravedíes, pasara a valer cuatrocientos, dispuso al mismo tiempo que el castellano de veintidós quilates pasara a valer quinientos cuarenta maravedíes, aumentando su valor en la misma proporción que el del escudo. Por tanto, al establecer dicho valor únicamente para el castellano de veintidós quilates, declaró manifiestamente que dejaba en libertad el precio de los castellanos de más quilates, según su mayor o menor ley; sobre todo considerando que en este Reino nunca se han acuñado castellanos de veintidós quilates.

Es dudoso si después de que el Rey Felipe aumentó el precio del castellano a quinientos cuarenta y cuatro maravedíes, sería o no válida en este Reino la donación no insinuada por un valor mayor de quinientos sueldos, al cambio de quinientos cuarenta y cuatro maravedíes cada uno. O también si todavía se estiman a mayor precio, en un doceavo más, en virtud de los dos quilates de oro, o de un quilate y tres cuartos que faltan al castellano de veintidós quilates, que es el tasado en quinientos cuarenta y cuatro maravedíes para tener el valor del sueldo o castellano antiguo de oro purísimo o de veintitrés quilates y tres cuartos. Pues el Derecho común y las leyes de Partida se referían a los sueldos antiguos, que tenían más de los veintidós quilates.

A pesar de todo lo cual, yo creo que en el día de hoy, y a los efectos de decidir qué donaciones necesitan insinuación, deberán ser estimados los sueldos al precio antiguo de cuatrocientos ochenta y cinco maravedíes, sin tener en cuenta ni el aumento del valor de los sueldos o castellanos, ni tampoco la disminución de los quilates de la misma moneda, y la consecuencia de que los sueldos antiguos valgan naturalmente más de los quinientos cuarenta y cuatro maravedíes. La razón en que me apoyo es que cuando por ley, pacto o de cualquier otro modo se haya establecido un precio con expresión de una moneda determinada, como el obligarse a pagar o a vender a cambio de un cierto número de sueldos, de escudos o de ducados, no hay duda que la variación del precio que posteriormente sufra dicha moneda, no cambia para nada el valor antiguo dado por ley o de cualquier otro modo; y ello lo mismo si la moneda no varía, pero aumenta o disminuye su poder de adquisición, que si permaneciendo éste invariable, cambiara la moneda misma en su ley o en su peso: lo cual es cosa universalmente recibida, cuando el valor de la moneda se tasa por ley o por decisión del Soberano, como ocurre en España. Así, por ejemplo, el que el precio legal del escudo o del ducado haya sido aumentado por Felipe II, no se opone al valor antiguo dado expresamente a tal moneda por ley, pacto u otra razón cualquiera. Así, si una ley había establecido que el que cometiere un crimen hubiera de pagar una pena de tantos ducados, la pena deberá pagarse según el antiguo valor del ducado a trescientos sesenta y cinco maravedíes y no al valor actual de cuatrocientos cuarenta y nueve maravedíes, como está recibido por el uso. Y lo mismo ocurre cuando, por contrato u otra razón cualquiera, debieran pagarse tantos ducados, como análogamente está recibido por el uso en este Reino y en el de Portugal. En efecto, el *cruzado*, que en otro tiempo tenía el valor de cuatrocientos *reais*, y hoy tiene un precio mucho mayor, por hacerse de más quilates que las demás monedas de oro que hoy se acuñan, y porque el precio del marco de oro de menos quilates ha subido en Portugal por encima del precio del oro purísimo, así como por haber subido el precio del real de plata a cuarenta reais en tiempo del Rey Don Sebastián, valiendo antes menos; pues bien, habiendo aumentado notablemente el precio del cruzado de oro por todas estas causas, no obstante su valor, establecido por ley, pacto o cualquier otra razón, no es el actual, sino el antiguo, según ha establecido la costumbre. Y esta es la razón de que actualmente en Portugal, la donación hecha por un varón que pase de trescientos cruzados, según el valor anti-

guo, necesita insinuación, como ha establecido el uso, sin que lo impida el que hoy se pague menor cantidad de oro y plata que antes. Y lo mismo afirmaremos en este Reino de Castilla respecto a la donación que pase de quinientos sueldos o castellanos, según el valor antiguo, sin que lo impida el que hoy éstos se puedan pagar con menor cantidad de oro y menos sueldos, según el valor actual.

8 Respecto a la sentencia anteriormente citada, observaremos que como quiera que los magistrados en cuestión no se apoyaron en ningún fundamento sólido para establecer dicho valor de quinientos maravedíes cada sueldo, para decidir la suma que se podría donar sin insinuación, nos parece evidente que deberá admitirse la otra, de cuatrocientos ochenta y cinco maravedíes, establecida por Carlos V como la más antigua, prohibiendo separarse de ella; por lo que Covarrubias y otros, probando la veracidad de este valor, demostraron el error de dicha sentencia. Mas yo sospecho que aquellos magistrados establecieron dicho valor para que resultase un número redondo de maravedíes, llegando, además, a un valor medio entre la estimación que tenía entonces el castellano, y la opinión de Pablo de Castro, Jasón y otros, que era entonces la más común, como refieren Gutiérrez (loc. cit.) y otros.

9 La insinuación, en el sentido de que ahora tratamos, es la manifestación de la donación hecha ante el juez, con asistencia del donante, declarando que desea hacer tal y cual cosa, o que ha realizado tal donación, debiendo un notario levantar acta de ello. No es necesario que el juez se halle en el mismo tribunal, como observan Julio Claro (q. 15, núm. 4), Juan, Angel, Imola y otros, estando recibido por la costumbre. Podrá también hacerse compareciendo el donante ante el juez por medio de procurador, que podrá ser incluso el donatario, dándole en el instrumento de donación un mandato y poder para comparecer ante el juez e insinuar dicha donación, como dice Gutiérrez (cap. 7 cit., núm. 14). Pues cualquiera puede, si no le es posible gestionar personalmente sus

negocios, o simplemente si no quiere, hacerlo por medio de otros, como consta por la *l.* 1, *párr. usus, ff. de procur.*, y l. 1, tít. 10, lib. I del Fuero Real.

Mas si no asiste el juez, no bastan el notario y los testigos para que se considere válida la donación en cuanto al exceso, según afirma la opinión común de los autores, y Gregorio López, en la l. 9, tít. 4 de la Partida V, dice que así se ha observado siempre en los tribunales de Castilla. Dicha ley declara, además, que la insinuación deberá hacerse ante el supremo juzgador del lugar; de modo que si se hiciere ante un juez pedáneo será inválida la insinuación, como observa Gutiérrez (loc. cit., núm. 15), sino que el juez deberá ser cabeza de jurisdicción, o miembro de tal tribunal, como ocurre con los alcaldes llamados mayores de la ciudad en Castilla, que constituyen un tribunal, según veremos en el Tratado quinto. La *l. in hac, C., de donat.*, establece qué jueces deben intervenir por Derecho común.

Respecto a si es necesaria en la insinuación el conocimien- 10
to de la causa y el decreto judicial, interponiendo éste su autoridad en la donación, la afirma la opinión de los autores siguiendo a Bártolo, que ninguna de estas cosas es necesaria por Derecho común ni en el Reino de Castilla, bastando la manifestación al juez (1). Así lo afirman Julio Claro, Gutiérrez y Gregorio López (loc. cit.), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 7) y varios otros que ellos citan. Y esto es lo que claramente significa la l. 9 cit., que declarando nula en cuanto al exceso la donación que pase de los quinientos sueldos, añade: "Fueras ende si lo hiciese, con carta, e con sabiduría del mayor juzgador de aquel lugar do ficiese la donación." Donde se ve que lo que se exige es la declaración al juez, que es propiamente lo que significa la palabra insinuación. Están de acuerdo la *l. donatio* al final, y la glosa a la *l. data, l. in hac,* y *l. sancimus, in princ., C., de donat.* La razón es que la insinuación no es acto de jurisdicción con-

(1) Caso típico de ilicitud de la causa, muy frecuente en la moderna jurisprudencia.

tenciosa, sino de jurisdicción voluntaria, por lo que no se exige conocimiento de la causa. Ya que no se introdujo para disminuir la libertad de donar, pudiendo el juez prohibir o impedir la donación; sino para que los hombres hagan con mayor madurez de ánimo, debiendo presentarse previamente ante el juez, tales donaciones de gran importancia, sin que se empobrezcan por ligereza en el obrar, así como para evitar el fraude o dolo, la violencia y el miedo, cuya presunción cesará si lo manifiestan ante el juez y se redacta el instrumento correspondiente, como lo dice claramente la *l. data, párr. si quidem, C., de donat.*

Siendo esta última la razón principal de introducirse la insinuación, cuando haya circunstancias que induzcan alguna sospecha de que en la donación existe fraude, violencia o miedo, deberá el juez no darla por insinuada hasta que haya interrogado bajo juramento al donante, sobre si ha sido inducido por violencia, miedo o fraude a dicha donación, y análogamente al donatario, sobre si él mismo u otros han hecho tal inducción sobre el donante, y todas las demás averiguaciones que juzgare convenientes. Y como quiera que en este caso es necesaria tal averiguación, y que es de juez prudente examinar al menos si el donante ha sido inducido por violencia, miedo o fraude, habiendo autores que aseguran que ello es siempre necesario, para mayor cautela, ha establecido el uso en este reino de Castilla, según refieren Gutiérrez (loc. cit.) y Gabriel Monterroso (en su *Práctica, tract.* 7, fol. 119), que el juez interrogue al donante sobre si la donación es fingida o simulada, y que, al contestar negativamente, el juez la apruebe o interponga su autorización y decreto, redactándose todo ello en las actas. Mas añade Gutiérrez que ello se hace para mayor cautela, sin que sea necesario para la validez de la donación y que se tenga por insinuada.

11 Por Derecho de Portugal, la insinuación debe hacerse ante el rey o ante los magistrados adecuados, que deberán aprobar la donación, haciéndose la insinuación, si el rey o

los magistrados no ordenan antes que se haga alguna averiguación. En la cual, en primer lugar, se interroga al donante si ha sido inducido por alguna maquinación, fraude o miedo o cualquier otra razón análoga a realizar la donación, y si es su voluntad que el rey la confirme o la apruebe. Deben, además, ser interrogados algunos de los vecinos del donante, de los cuales exista la presunción que conozcan mejor que otros el caso de la donación. Una vez hecha tal averiguación por el rey o por los magistrados, si consta que la donación se hace rectamente y que es voluntad del donante su confirmación, se concederá al donatario el instrumento oportuno, juzgándose desde entonces insinuada, confirmada y válida la donación, y no de otro modo alguno. Lo cual consta en las Ordenanzas, lib. IV, tít. 54, in princ., y párr. 1 (1).

El donante no puede renunciar a la insinuación o a la 12
ley que la exige para la validez de las donaciones, siendo inválida en cuanto al exceso la donación, aunque renuncie a ella en el instrumento de donación. Así lo afirma Antonio Gómez (*Var. Resol., II*, cap. 4, núm. 7), sin que yo sepa de nadie que le contradiga, y también Gabriel Monterroso (tract. 7, fol. 116, col. 2), reconociéndolo hasta los que discuten sobre su validez, en el caso de ir reforzada por juramento, de lo cual trataremos inmediatamente. Pues si la simple renuncia convalidase la donación, sería superfluo tal requisito. Antonio Gómez prueba su tesis basándose: primero, en que no se puede renunciar a una ley que exija una solemnidad formal para la validez de un acto, como dice la *l. nemo potest, ff. de leg. I*, cual es el caso de la ley que estudiamos. Segundo, si una persona fuese inducida por fraude, miedo o violencia a celebrar una donación, sería también obligada a renunciar a la insinuación, careciendo de

(1) Es cierto que el acto de juez no debe tener carácter constitutivo en la donación; pero creemos que debería conocer —en un reconocimiento de la insinuación— la causa psicológica (pues a ella se refiere MOLINA), para poder juzgar adecuadamente sobre la causa civil.

todo efecto la ley, lo cual no ha de presumirse en modo alguno (1).

15 Es también dudoso si será válida la donación confirmada por juramento, sin necesidad de insinuación, en cuanto al incremento, por suplir el juramento la falta de insinuación. Pues aunque en otro tiempo, siguiendo a Baldo, muchos de los glosadores del Derecho romano la reputaron inválida, hoy la opinión más común entre los canonistas juzga con Juan Andrés y el Panormitano (*cap. cum contingat, de iureiur., núm.* 17) que es válida, siendo admitida comúnmente por los doctores de ambos Derechos, citados y seguidos, entre otros, por Julio Claro (*Sentencias, lib. IV, párrafo donat., q.* 18), Antonio Gómez (*Var. Resol., II, cap* 4, *número* 8), Gutiérrez (*l. nemo potest, ff. de leg.* 1; *De iuramento confirmatorio, part.* 1, *cap.* 7, *núm.* 2) y Silvestre (*verb. donat., I*, q. 6). Y ciertamente es sobrado evidente, después de lo que llevamos dicho en las disputaciones 149, 116 y 151, unido a lo que afirmamos en la disputación 256 y al final de la disputación 263. En efecto, donar más de quinientos sueldos no es de suyo malo, ni está prohibido por Derecho romano ni de Castilla, sino que únicamente ha sido anulado cuando se haga sin insinuación, para el bien común de la República, lo mismo que la enajenación del fundo dotal no es mala de suyo, ni prohibida por Derecho romano, sino únicamente nula, pero se convalida al ser confirmada por el juramento de la esposa, como consta en el *cap. cum contingat, de iureiur.*, y el *cap. licet mulieres, eod. tít., libro VI;* y lo mismo ocurre con la enajenación de los bienes de un menor sin las solemnidades exigidas por el Derecho civil, que es válida si se confirma por el juramento del mismo menor, como establece la Auténtica *sacramenta puberum, C., si advers. vendit.;* y con el pacto celebrado por el padre con su hija o su hijo, estableciendo que se contenten con tal o

(1) Parece, pues, que en la práctica de Castilla y Portugal la insinuación resultaba eficaz, ya que incluso concurrían algunos vecinos del lugar, a fin de que el juez tuviera un más seguro conocimiento de la causa.

cual parte de los bienes, renunciando al resto de su legítima, es análogamente válido si se confirma por el juramento de tal hijo o hija, como se deduce del *cap. quamvis pactum, de pactis, lib. VI;* todo lo cual explicamos en la disputación 149 cit. Por lo que análogamente, si una donación que exceda de los quinientos sueldos se confirmare por juramento, será válida aunque no sea insinuada, a pesar de las disposiciones del Derecho romano y castellano.

De propósito no me he referido a la donación hecha en 14
Portugal por encima de la suma máxima que se puede donar sin insinuación, pues como quiera que en dicho reino no solamente sería nulo el juramento que confirmase tal donación, sino que ello bastaría para anular la donación misma, según lo que dijimos en la disputación 149 respecto al Derecho portugués. Por tanto, aunque una donación no insinuada se confirme por juramento, será inválida en dicho reino en cuanto al exceso y a la suma incluso permitida, a no ser que el rey autorice tal juramento. Lo contrario ocurre en el reino de Castilla, como vimos en la misma disputación, pues aquí es lícita, no sólo la confirmación por juramento de los actos que sin él serían inválidos, sino también todas las donaciones perpetuas que sean de suyo inválidas.

Julio Claro (q. cit., núm. 2) refiere la opinión de algu- 15
nos jurisconsultos diciendo que es la más común, los cuales afirman que la donación no insinuada y confirmada por juramento será únicamente válida en cuanto al exceso, cuando en particular se haya renunciado a la insinuación, y la renuncia se haya confirmado por juramento. En cambio, afirman que cuando no se haya renunciado a la insinuación, será inválida la donación en cuanto al exceso, aunque ella misma se confirme por juramento.

Julio Claro añade "que si bien tal vez no es desacertada esta opinión para aplicarla en los juicios, no deja de presentar dificultades en cuanto a la legalidad. En efecto, existe, al parecer, la misma razón en favor del alma, en lo cual se basan principalmente los doctores anteriormente citados".

Hasta aquí Julio Claro, que sigue dicha opinión, mas no con absoluta seguridad; y análogamente Gutiérrez, que le reconoce también el carácter de común (núm. 2 cit.).

Mas con razón Antonio Gómez (núm. 8 cit.) afirma lo contrario, es decir, que la donación confirmada por juramento es válida en cuanto al exceso, aunque no se renuncie a la insinuación. Y según mi opinión, la tesis contraria carece de toda probabilidad, sobre todo considerando lo que dijimos en la disputación 151 y en las dos anteriores. En efecto, el que bajo juramento promete dar a otra persona gratuitamente mil sueldos, como quiera que lo prometido no es malo ni prohibido por Derecho natural o positivo, queda obligado exclusivamente por la fuerza del juramento, adquiriendo el donatario un verdadero derecho, no sólo en conciencia, sino también en el fuero externo, aunque no renuncie a la insinuación, como es sobrado evidente por lo que vimos en las disputaciones citadas. Y ello, ciertamente, es el único sólido fundamento de que la donación no insinuada sea válida en cuanto al exceso, si se confirma por juramento.

16 El mismo Julio Claro y Federico de Siena añaden que cuando se dice que la donación confirmada por juramento es válida en cuanto al exceso, sin necesidad de insinuación, ello ha de entenderse en los lugares en que la insinuación deba intervenir en el mismo acto de la donación, como forma impuesta por alguna ley o estatuto; pero no donde la ley o estatuto requieran que la donación deba ser insinuada dentro de un cierto tiempo, como dentro de un mes desde el día de celebrarse la donación, o de algún tiempo semejante. Pues entonces el juramento, unido a la donación, no la confirmará si no tiene lugar la insinuación dentro del tiempo legalmente fijado. La razón es que el juramento se regula en el momento del contrato, por lo que si después sobreviniere una causa de anulación de éste, la fuerza del juramento no puede bastar para su confirmación. Y refiere asimismo que, según Curcio el Joven, ésta es la opinión común.

Mas yo creo que es falsa en absoluto, ya que el jura- 17
mento que confirma tal promesa o donación da por sí solo fuerza a ésta supliendo la insinuación, que desde dicho momento sería superflua, como supone la opinión que impugnamos. Además, la insinuación depende del mismo donante, en cuyo nombre ha de ser manifestada al juez la donación, ya que, por lo mismo que el juez se convenza que la donación es voluntaria de parte del donante, no podrá dejar de tenerla por insinuada y firme en cuanto al exceso, según hemos visto ya; y el que bajo juramento se obliga a algo, se entiende que está obligado en virtud de él a todo lo necesario para que produzca sus efectos, y, por tanto, en el caso que nos ocupa, el mismo donante estará obligado a insinuar la donación, para cumplir su juramento; debiéndose imputar a él su omisión cuando fuere necesaria para la validez de la donación, lo cual en modo alguno podrá excusarle de cumplir la obligación de realizar la donación a que se obligó bajo juramento.

Plantéase la duda de si cuando se haga una donación 18
por valor de más de quinientos sueldos, sin insinuación ni juramento, pero poniendo una cláusula en el instrumento de donación (lo cual han acostumbrado frecuentemente a hacer los notarios), diciendo que realiza tantas donaciones cuantas sumas inferiores a quinientos sueldos haya dentro del total, será o no válida tal donación en cuanto al exceso. La opinión común de los autores afirma que dicha cláusula no tiene valor, por ir en fraude de la ley. Así lo afirman, siguiendo a Bártolo (*l. Modestinus, ff. de donat.*), Antonio Gómez (*Var. Resol., II*, cap. 4, núm. 7), Julio Claro (*párrafo donat.*, q. 17, núm. 4), Gutiérrez (cap. 7 cit., núm. 17), Gama (decis. 110, núm. 34, y decis. 381, núm. 5), con varios otros, a quienes cita Gabriel Monterroso (tract. 7, folio 116, pág. 2), que cita, además, sentencias en su confirmación.

Puede ello confirmarse por la Auténtica *de non alienan-* 19
dis, párr. quod autem, vers. neque illud, donde, en el caso de

que una cosa eclesiástica sea dada en enfiteusis con el pacto de que al terminar las vidas por las que puede celebrarse, empiece de nuevo por otras tantas, en virtud de un nuevo contrato celebrado al mismo tiempo que el primero, se anula el nuevo contrato, como maquinación introducida en fraude de la ley. Y existe la misma razón en favor de la prolongación del tiempo por multiplicación de los contratos, que en la multiplicación de la suma total por la simulación de diferentes donaciones celebradas simultáneamente.

20 Bártolo, Antonio Gómez, Gutiérrez, Gama y otros a quienes ellos citan afirman que esto es verdad, incluso cuando se donen al mismo tiempo varias cosas, cuyo valor individual no sobrepase los quinientos sueldos, pero sí el de todas juntas. Pues si bien en virtud de la diversidad de las cosas donadas se considera que existen varias donaciones o estipulaciones, como consta por la *l. scire debemus, in princ., ff. de verb. oblig.*, al efecto de necesitar insinuación si excedieren de quinientos sueldos, se consideran, en cambio, como una sola cuando se hagan simultáneamente a la misma persona, como se deduce por argumento *a contrario* de la *l. sancimus, párr. si quis autem, C., de donat.* Lo mismo cree Gama (decis. 381, núm. 5), con Romano y otros a quienes cita, cuando se done simultáneamente una cierta suma a varias personas, por encima de los quinientos sueldos, aunque la parte correspondiente a cada uno de los donatarios no llegue a dicha cantidad. La razón es que la exigencia de la insinuación cuando la suma donada pase de los quinientos sueldos, no se refiere al donatario, sino al donante, para evitar que temerariamente o por violencia, miedo o dolo se empobrezca, por cuya razón, cuando el momento y el acto de donar son el mismo, se exige la insinuación, aunque los donatarios sean muchos y la donación de parte de ellos sea también múltiple. Lo mismo cree en el mismo lugar Gama cuando se donen varias cosas a un tiempo por el mismo donante a varias personas, excediendo en su totalidad la suma que se puede donar sin insinuación, aunque no lleguen a ella las cosas donadas a cada uno, basándose en el mismo fundamento y afirmando que tal ha sido el juicio de los magistrados portugueses.

Cuando, en momentos diferentes, una persona done sin 21
insinuación muchas cosas a una y la misma persona, aunque en su totalidad excedan la suma que se puede donar sin insinuación, con tal que en particular no lleguen a ella, serán válidas todas las donaciones. Así lo establece la *l. sancimus, párrafo si quis autem, C., de donat.*, de acuerdo con la opinión común de los autores.

Cuando se done a una persona una cantidad anual que 22
en cada año no exceda la suma que se puede donar válidamente sin insinuación, pero sí al acumularse la de dos o más años, es necesario distinguir. Pues si la donación se hace de modo que muerto el donante o el donatario cesará la donación, será válida en su totalidad sin insinuación; mas si pasare a los herederos de ambos, de modo que los herederos del donante deban pagar dicha suma al donatario, o que el donante está obligado a pagarla a los herederos del donatario, será inválida en cuanto al exceso sobre los quinientos sueldos. Así lo ha establecido la *l. sancimus cit., párr. último*, de acuerdo con la opinión común de los autores.

Respecto a si la remisión de una deuda hecha sin insi- 23
nuación, cuando exceda de quinientos sueldos, o en Portugal de la suma que se puede donar sin insinuación, será o no válida en cuanto al exceso, afirma la opinión común de los autores que es inválida cuando se trate de deuda cierta. Así lo afirma la glosa a la *l. si quis obligatione, ff. de reg. iuris;* Bártolo, el Panormitano y otros a quienes citan y siguen Covarrubias (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 8), Julio Claro (*Sentencias*, IV, *párr. donat.*, q. 16, núm. 2) y Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 9). En efecto, la remisión de deuda es considerada como donación por la *l in aedibus, in princ., ff. de donat.; l. si mulier, ff. de condict. causa data; l. peculium, párr. sed hoc ita verum*, afirmándolo Bár-

tolo (*ibid., ff. de peculio,* y *l. sicut, párr. an pacisci, ff. quibus modis pignus vel. hypot.*).

Lo mismo cabe decir de la condonación de un derecho cuando sea cierto; del pacto de no pedir y de la cesión, como afirman Julio Claro (loc. cit., núm. 3 y 4) y otros. Lo cual ha de entenderse cuando se hagan como verdadera donación, por mera liberalidad. Pues cuando se hagan en compensación a otra cosa, o a otra remisión o cesión de otro derecho, o por vía de transacción, no será necesaria insinuación alguna.

24 Cuando se haya hecho alguna venta por debajo de la mitad del precio justo, siendo la diferencia mayor de quinientos sueldos, si posteriormente el comprador condonase o remitiese al vendedor dicha cantidad, no hay duda de que será necesaria la insinuación, en cuanto al exceso por encima de quinientos sueldos, por tratarse de una remisión de una deuda verdadera e indudable, y, por tanto, de una donación, según lo que acabamos de decir. Y cuando, análogamente, se hiciere una venta por debajo de la mitad del justo precio, renunciando el vendedor a la reparación de su lesión, si lo hiciere por mera liberalidad, como quiera que el comprador estaba obligado lo mismo en conciencia que en el fuero externo, es evidente que si lo perdonado excediere los quinientos sueldos, sería necesaria la insinuación o remisión, por tratarse de una verdadera donación de dicha cantidad o del derecho que hubiera conservado el vendedor, si no renunciara por mera liberalidad; siendo, al menos, una donación tácita o presunta, de la cual dice con razón Julio Claro (loc. cit., núm. 2) que necesita igualmente la insinuación, habiendo varias veces aplicado esta decisión en la práctica. Por lo que si Covarrubias afirma algo en contra de esta doctrina (núm. 8 cit.), ciertamente debe ser rechazada su opinión.

25 Bártolo (*l. Modestinus, núm.* 1, *ff. de donat.*), y con él Silvestre (*verb. donat.*, I, q. 7) y Baldo (*l. illud, C., de sacros. Eccles.*), distinguen el caso de que una suma adeudada superior a los quinientos sueldos, se deba por varias causas, de modo que lo debido por cada una de ellas no llegue a los quinientos sueldos, o si, por el contrario, se debe por una sola causa. En el primer caso, afirman que la remisión de toda la deuda no necesita insinuación, pero sí en el segundo. No parece que tenga otro fundamento, sino que en la remisión de una deuda procedente de varias causas, se distinguen varias remisiones y, por tanto, diversas donaciones, mientras que en la remisión de una deuda procedente de una sola causa, existe una única donación y remisión. Mas como quiera que la *l. sancimus, párr. si quis autem, C., de donat.*, ha establecido que las donaciones de varias cosas, cuando se hicieren simultáneamente, se consideran como la única donación al efecto de necesitar insinuación, sin duda alguna que lo mismo habrá de afirmarse de la remisión de una deuda, aunque proceda de varias causas: lo cual, con Imola, afirma Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 9).

Plantéase la duda de si el donatario a quien se haya dado 26
más de quinientos sueldos sin insinuación podrá retener el exceso con tranquilidad de conciencia, mientras no le sea repetido. Parece que puede probarse la negativa, ya que la ley que impone la insinuación no es penal, por lo que no podremos decir que haya de esperarse la sentencia antes de que se haga la restitución al donante, sin que éste estuviera obligado antes en el fuero externo ni en el de la conciencia; ya que no tiene menos culpa el donante, por omitir la insinuación que el donatario, sino, en todo caso, más; y, además, las leyes no suelen adjudicar las penas a personas también culpables, sino al fisco, cuando exista culpa por ambas partes. Y tampoco puede decirse que dicha ley se funde en la presunción de que una donación tan importante se haya hecho por fraude, violencia, miedo o dolo. En primer lugar, pues entonces no sería nulo únicamente el exceso, sino toda la donación, mientras que la ley establece lo contrario; lo cual confirma que la ley no se ha promulgado como pena para el donatario, pues entonces anularía la donación en su tota-

lidad, y no únicamente el exceso. Además, si dicha ley se fundara en tal presunción, desde el momento en que no constase en el fuero externo por confesión del donante que no ha habido ningún fraude, violencia, miedo o dolo, toda la donación debería ser declarada válida, pues contra las leyes que se fundan únicamente en la presunción es válida la confesión de la persona favorecida por ellas, aunque se trate de las llamadas presunciones *iuris et de iure*, contra las cuales no se admite ninguna otra prueba; siendo así que la práctica establece lo contrario en este caso, pues aunque conste por confesión del donante que no ha habido nada de esto, la donación se reputa nula en cuanto al exceso, que revierte al donante o a sus herederos. Finalmente, si dicha ley se fundase en tal presunción, como quiera que las leyes que sólo se fundan en una presunción no tienen fuerza en el fuero de la conciencia, el donante estará obligado a restituir el exceso, por defecto de insinuación, pecando mortalmente si lo reclamase; lo cual nadie se atreverá a afirmar, siendo totalmente rechazado en la práctica.

Por tanto, la única explicación que nos queda es que la ley en cuestión ha anulado tales donaciones hechas sin insinuación, en cuanto al exceso, para el bien común. Supuesto lo cual, como quiera que el donatario no tiene ningún título para poseer dicho exceso, cuya propiedad no ha adquirido, se deduce que en el fuero de la conciencia, y sin necesidad de esperar sentencia alguna, ni siquiera la repetición, estará obligado a restituirlo al donante o a sus herederos, si hubiese muerto.

27 Mas yo creo, no obstante, que debemos afirmar. Primero, que mientras el donatario no crea oponerse a la voluntad del donante ni a la de sus herederos, si fuere difunto, podrá retener dicho exceso con tranquilidad de conciencia, ya que ninguna injuria se causa al que la quiere y la consiente.

Avanzando más, afirmaremos que puede, lisa y llanamente, retener tal exceso con tranquilidad de conciencia,

mientras no le sea reclamado. Ya que si prescindiéramos de dicha ley, toda la donación sería válida y transmitiría la propiedad, y, ciertamente, no puede tener mayor alcance dicha ley que el que le reconozca el uso; y, ciertamente, nadie, por timorato que sea, restituirá al donante ni a sus herederos el exceso, a no ser que previamente se le reclame por no haber sido insinuada la donación; teniendo la costumbre tal fuerza de interpretación, que así debe observarse, aunque haya sido otra la intención de los legisladores. Y probablemente éstos no pretendieron otra cosa, pues ello basta para que quede a salvo el bien común, y conceder más que la repetición por dicho capítulo sería perjudicar las conciencias humanas sin ninguna ventaja para la comunidad; lo cual no va bien a una ley justa, ni al maduro juicio y honradez de los legisladores, que siempre debe presumirse, debiendo ser sus leyes piadosamente interpretadas de este modo, por medio de la epikeya.



DISPUTACION CCLXXIX

DE LAS DONACIONES QUE NO NECESITAN INSINUACIÓN PARA SU VALIDEZ

Sumario:

1.—La donación hecha a las iglesias y hospitales o a los pobres es válida sin insinuación hasta los quinientos sueldos.

2.—Opinión de algunos, según los cuales, en el día de hoy se puede donar en favor de toda clase de obras pías hasta los ochocientos sueldos.

3.—La donación en favor de obras pías no necesita insinuación alguna, y, por tanto, es válida en ambos fueros, cualquiera que sea su cuantía, según la opinión del autor.

4.—La donación hecha por el soberano a un particular, aunque no sea por causas pías, no necesita insinuación.

5.—Análogamente, la donación del general a sus soldados.

6.—Las donaciones remuneratorias y causales no necesitan insinuación.

7.—La donación hecha por un padre a su hijo al tiempo de la emancipación, si excediere de la suma que puede donarse sin insinuación, deberá insinuarse.

8.—*Quid* cuando se haga una donación remuneratoria o causal, pero excediendo los límites de la remuneración o de la causa.

9.—De si la donación recíproca necesita insinuación.

10.—De si la institución de un mayorazgo por contrato entre vivos necesita o no insinuación.

11.—Se refuta la restricción precedente.
12.—La donación por causa de muerte no necesita insinuación.
13.—No es necesaria la insinuación cuando la cosa donada no haya de entregarse en el presente, sino en el futuro.
14.—De la aplicación de las tesis anteriores a Portugal. Según la opinión del autor, son aplicables.

1 La *ley illud, C., de sacros. Eccles.*, estableció que si bien la donación no insinuada no es válida sino hasta los doscientos sueldos, cuando se hiciere a las iglesias, hospitales, a los pobres o a una ciudad, fuese válida sin insinuación hasta los quinientos. Lo mismo afirma la glosa correspondiente respecto a las donaciones hechas en favor de otras semejantes obras pías. Posteriormente, la *l. sancimus, in princ.*, y *párr. alias vero, C., de donat.*, estableció que las demás donaciones hechas sin insinuación fuesen válidas hasta los trescientos sueldos, mas en favor de las susodichas obras pías, que fuesen válidas sin insinuación hasta los quinientos. Y últimamente, la *l. penúlt., C., de donat.*, extendió la facultad de donar sin insinuación en todo caso hasta los quinientos sueldos, y sin ningún límite para la redención de cautivos, así como para la reconstrucción de casas destruídas por ruina o incendio, con tal que las cosas donadas no se empleasen en otros gastos, y que si algo quedase después de reparar las casas, fuese inválida la donación respecto al remanente no insinuado y superior a los quinientos sueldos. Lo mismo establece la l. 6, tít. 4, de la Partida V, añadiendo que se podrá análogamente donar para la construcción de una iglesia sin límite alguno ni insinuación, y lo mismo para la reconstrucción de hospitales, iglesias y demás lugares piadosos arruinados.

2 Ciertos juristas, citados por la glosa a la *l. illud., C., de sacros. Eccles.*, y la glosa a la *l. sancimus, párr. alias vero, C., de donat.*, afirman que actualmente se puede donar en favor de toda clase de obras pías, a las que se refieren los

dos textos susodichos, hasta los ochocientos sueldos, sin necesidad de insinuación. Se apoyan en que habiendo establecido la *l. illud* que se pudiera donar sin insinuación hasta los quinientos sueldos, cuando por otras causas sólo se podía donar sin insinuación hasta los doscientos, por lo mismo que la *l. últ., C., de donat.*, extendió la facultad de donar en favor de cualesquiera causas hasta los quinientos sueldos, ha de juzgarse virtualmente otorgado el que se pueda donar, además, en favor de obras pías aquel incremento de trescientos sueldos en que las favorecía la primera ley. Mas con razón las glosas citadas, Antonio Gómez (*Var. Resol.*, capítulo 4, núm. 10), y, en general, los autores, rechazan esta tesis. Ya que la *l. sancimus, C., de donat.*, había análogamente extendido la facultad de donar en favor de causas no piadosas hasta los trescientos sueldos, sin aumentar el límite de quinientos, puesto para las obras pías, declarando, por el contrario, expresamente que sólo se les podría donar sin insinuación hasta los quinientos sueldos, lo mismo que antes; de modo que del nuevo aumento del límite de las donaciones no piadosas no se puede deducir otro igual en las donaciones piadosas, si no lo estableciere algún texto legal, el cual, de hecho, no existe.

Por esta misma razón, las glosas citadas, Antonio Gómez y muchos otros afirman que, prescindiendo de las donaciones para la redención de cautivos y para la reconstrucción de casas arruinadas, así como para la fabricación de iglesias, en Derecho castellano será inválida actualmente toda donación en favor de obras pías, hecha sin insinuación y que pase de los quinientos sueldos, por establecerlo así el Derecho civil.

No obstante lo cual, nosotros afirmamos que la dona- 3
ción en favor de obras pías no necesita insinuación en manera alguna, y, por tanto, cualquiera que sea su cuantía será válida sin insinuación, no sólo en conciencia, sino también en el fuero externo, incluso el civil. Así lo afirman el Panormitano (*cap. relatum, I, de test., núm.* 4), Felino (*cap. Ec-*

clesia Sanctae Mariae, de const., *núm.* 82), Bártolo (*l. illud, C., de sacros. Eccles.*), Silvestre (*verb. donat., I, q.* 4), Julio Claro (*Sentencias*, lib. IV, párr. *donatio*, q. 17, núm. 1) y muchos otros, a quienes citan Felino y Julio Claro, aunque no todos ellos se apoyen en el mismo fundamento. La razón potísima es la que da el Panormitano (loc. cit.), de acuerdo con el texto comentado, y que nosotros ya vimos en la disputación 134. Es decir, que en todo lo referente a las causas pías y, en general, al fin sobrenatural de la salvación de las almas, ninguna disposición de los príncipes seglares tiene vigor ni puede perjudicar al bien espiritual, sino en cuanto fuere aprobada por el Sumo Pontífice, por cuya razón los legados y demás últimas voluntades no son válidos en favor de causas pías, aunque no se haya observado en ellos la solemnidad establecida por el Derecho civil, como definió el *cap. relatum cit.* Y como quiera que los textos civiles que establecen que las donaciones en favor de obras pías hechas sin insinuación son inválidas en cuanto al exceso por encima de quinientos sueldos, no han sido aprobados por los Sumos Pontífices, siendo perjudiciales para el bien espiritual, por cuanto invalidan donaciones de suyo perfectas en favor de obras pías, se deduce evidentemente que carecen de todo vigor, no sólo en el fuero de la conciencia, sino también en el fuero externo, incluso el civil, como ya probamos respecto a los textos civiles que regulan las últimas voluntades en favor de obras pías (disp. 134 citada). Véase lo que allí dijimos más extensamente.

4 La donación hecha por un príncipe soberano, que no reconozca superior, a un particular, aunque no sea por causas pías, no necesita insinuación, cualquiera que sea su cuantía, como se deduce de la *l. sancimus, párr. exceptis, C., de donat.; l. últi., párr. últi., C., de quadr praes.*; l. 9, título 4 de la Partida V y Ordenanzas de Portugal, lib. IV, título 54, párr. últ. Y lo mismo ocurre con la donación hecha por un particular al soberano, como consta en el Auténtica *item a privatis, C., de donat.*, y la Auténtica *ut non fiant pignorationes, párr. últi.*, así como la l. 9 citada.

La donación hecha por un mariscal o general en jefe a 5
sus soldados de cosas muebles o semovientes, lo mismo si proceden del patrimonio del propio general que de los despojos del enemigo, y lo mismo si se hace en el mismo momento de la ocupación guerrera o posteriormente, es válida sin necesidad de insinuación, cualquiera que sea su cuantía. Así consta por la *l. penúlt., C., de donat.*

Análogamente, la donación remuneratoria y en general 6
toda donación causal, aunque la causa sea futura, como afirman la mayoría de los autores que citaremos, no necesita insinuación para ser válida. Así lo afirman la glosa a la *l. Aquilius* (alias *Attilius*) *Regulus, verb. non meram, ff. de donat.*; Bártolo (ibid.), y la opinión común de los autores, referida y seguida por Molina (*De primog.*, lib. II, cap. 8, número 15), Julio Claro (*párr. donat.*, q. 2, núm. 2, y q. 16, número 6), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, número 10) y Gama (Decis. 213; 302, núm. 6, y 348, núm. 5).

Pruébase, en primer lugar, por la *l. Aquilius Regulus* citada, en la cual, habiendo un tal Aquilio donado a su preceptor, mientras éste le enseñaba y vivía en la casa de su padre, el derecho a habitar en cierta casa, tratando, después de su muerte, los herederos de Aquilio de expulsar al preceptor, dice Papiniano: "Podría defenderse que aquí no se trata de una mera donación, sino de una remuneración al oficio del maestro". Lo cual comenta la glosa diciendo "que si fuera mera donación, sería nula, necesitando insinuación al exceder del tope legal, lo cual en este caso no es necesario". Hasta aquí la glosa; añadiendo la nota marginal que en general la donación causada no necesita insinuación.

Pruébase también por la *l. si pater, párr. últ., ff. de donat.*, donde se dice: "Si alguien recuperase alguna cosa robada por ladrones o por el enemigo, y recibiere alguna remuneración de su dueño, será irrevocable tal donación. Ya que ésta es la merced de un trabajo eximio, pues la conser-

vación de la salud en cierto modo es inestimable." Lo cual permite afirmar a Bártolo "que cuando la donación sea remuneratoria, no necesita insinuación".

En tercer lugar, se prueba por la *l. hoc iure, párr. último, ff. de donat.*, donde vemos escrito lo siguiente: "Porque estas estipulaciones que son causales no son verdaderas donaciones. Por eso decía Pegaso que si se prometen ciento con la condición de que el favorecido haya de tomar el nombre del promitente, no habrá donación, por tratarse de una promesa causal". No siendo, pues, la donación causal verdadera donación, no necesitará insinuación.

En cuarto lugar, pruébase porque la donación de dote, por ser causal, nunca necesita insinuación, ya que en relación al marido no se trata de verdadera donación; y actualmente no la necesita ni aun por relación a la esposa, como establece la *l. últ., in princ., C., de iure dotium* y la l. 9, título 4 de la Partida V. Tampoco la donación *propter nuptias* necesita actualmente insinuación, como establece la Auténtica *ut sponsalitia largitas, in princ.*, y la l. 9 cit., afirmándolo Gama (Decis. 348, núm. 5). Obsérvese que esta última donación, en relación con el cónyuge que contrae con tal donatario, no tiene el carácter de donación, sino de contrato oneroso.

7 Arias Pinelo (*l.* 1, *C., de bonis maternis, part.* 3, *número* 62, *corol.* 19), aunque está de acuerdo con los demás en que la donación remuneratoria no exige insinuación, cree, no obstante, contra Baldo, Pablo de Castro y Croto, que la donación hecha al padre por su hijo al tiempo de la emancipación, necesitará insinuación si excede del límite legal puesto a las donaciones, aunque sea remuneratoria, por el beneficio que supone la emancipación. Se apoya en que, supuesto que no la necesitara, fácilmente los hijos serían víctimas de fraude, siendo explotados por sus padres con el señuelo de la emancipación, sobre todo considerando que por Derecho común los padres reciben ya, como premio por el beneficio de la emancipación, la mitad del usufructo de los

bienes adventicios, según vimos en otro lugar. Además, la *l. data, C., de donat.*, que no exige menos, sino más, la insinuación en la donación hecha a los padres por sus hijos, que en los demás casos, ya que es más fácil que aquí intervengan el fraude y la decepción. Y la *l. filiusfamilias, párr. secundum vulgarem, ff. de leg.*, I, declara que si bien la patria potestad es algo inestimable, hasta el punto de que el padre no puede ser gravado con la obligación de emancipar a su hijo, por quien le deje un fideicomiso; lo cual más bien parece probar que ninguna remuneración puede equivaler al beneficio de la emancipación, que la necesidad de insinuación para la donación que la recompensa.

Observan los autores que cuando se haga una donación remuneratoria o por cualquier otra causa, si lo donado excediere los límites de la remuneración o de la causa, el exceso no tendrá el carácter de donación causal, sino de donación simple; y, por tanto, si dicho exceso supera los quinientos sueldos, será inválida dicha donación en cuanto a dicho exceso sobre los quinientos sueldos, de no haberse insinuado. Así lo afirman Molina (loc. cit., núm. 17), Gama (Decis. 302, núm. 8) y otros autores que ellos citan. Concuerda ello con las palabras del *cap. relatum*, 2, *de test.*: "Dense algunas cosas, según el mérito del servicio."

En la donación recíproca, cuando se haga simultánea- 9
mente, v. gr., en la convención mutua, según la cual, uno done a otro un predio a cambio de otra cosa, no es necesaria la insinuación; ya que estas donaciones son causales y tienen más bien el carácter de contratos onerosos que el de donaciones propiamente dichas. Y a estas donaciones recíprocas se refiere la glosa a la *l. licet, verb. mortis causa, C., de pactis*, y también Julio Claro (q. 2 cit., núm. 2, y q. 16, número 5), con otros autores que él cita. Mas si precediere la donación de una suma sin pacto de retribución, y subsiguiere la donación de una suma mayor, ésta se considerará remuneratoria hasta el límite de la anterior donación, y simple en cuanto a lo demás, y, por tanto, si el exceso sobrepa-

sare de los quinientos sueldos, necesitará insinuación en cuanto a dicho superávit.

10 Respecto a si el mayorazgo instituído por contrato entre vivos necesita o no insinuación, diremos, en primer lugar, que cuando se instituya en concepto de dote o de donación nupcial, no será necesaria, como ya hemos dicho. Análogamente cuando se instituya con autorización real, por equivaler ésta a la insinuación, como rectamente observa Molina (*De primog.*, lib. II, cap. 8, núm. 19). Y el mismo Molina afirma óptimamente que en España los mayorazgos no necesitan insinuación, aunque se instituyan sin autorización real (ibid., núm. 15 y sig.), ya porque en general los sucesores se ven gravados por la obligación de llevar el nombre y las armas del fundador, con otros gravámenes que dan a la institución el carácter de donación causal. Ya también porque el mayorazgo se instituye sobre todo para memoria del fundador y esplendor de su familia, y, por tanto, con carácter causal y con ventaja propia y de los suyos. Ya, finalmente, porque tales bienes los han de poseer sus sucesores sin poder de enajenarlos, y con la obligación de transmitirlos a los sucesores llamados por el primer fundador, considerando, además, que la institución de los mayorazgos cede en esplendor y utilidad para la República, por lo que se halla autorizada por ley; pudiendo, por tanto, la epikeya deducir que no se halla comprendida bajo la ley que ordena la insinuación. Y así lo ha recibido el uso.

11 Molina (loc. cit., núm. 20) cree que si las rentas anuales del mayorazgo no exceden de los quinientos sueldos, bastaría la simple disposición de la *l. sancimus, párr. últ., C., de donat.*, para justificar la no exigencia de insinuación. Mas yo creo que este razonamiento es falso. En primer lugar, porque aquella disposición sólo se refiere a la donación de una suma anual, y cuando se instituye un mayorazgo no se dona dicha renta, sino la propiedad de ciertos bienes, que son los que producen dicha renta anual, y la propiedad de dichos bienes tiene mucho mayor valor que la renta de un solo año.

Además, aquella disposición sólo se refiere al caso de que la donación expire por la muerte del donante o del donatario, siendo así que el mayorazgo y sus rentas pasan a los herederos, llamados ya desde un principio, y a los herederos de los herederos, sin límite alguno.

Finalmente, la donación por causa de muerte, aunque 12
exceda de los quinientos sueldos, no necesita insinuación. Así consta por la *l. últ., C., de donat. causa mortis*.

Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 10) aña- 13
de que cuando la cosa donada no pertenezca actualmente al donante, sino en el futuro, no será necesaria la insinuación; de cuya tesis deduce numerosos corolarios. Yo diría más bien que cuando tenga algunos derechos dependientes de su aceptación, la renunciación a tales derechos no necesitará ser aceptada. Por lo que si no aceptare un legado o no adiese la herencia que le correspondiera, aunque el derecho a que renuncie sea mayor de quinientos sueldos, será válida su renuncia. Por la misma razón, si un padre concediere a su hijo o hija la facultad de testar de los bienes que quisiere, de los cuales el padre hubiera sido necesariamente heredero, será válida tal autorización, aunque su valor pase de los quinientos sueldos. Análogamente, si el padre deja a su hijo el usufructo de sus bienes adventicios, que el Derecho concede al padre, si es que lo quiere disfrutar, como ya vimos, será válida dicha condonación de usufructo, aunque su valor pase de los quinientos sueldos. Respecto a la renuncia, según la cual, el hijo o la hija abandonan su legítima o se contentan con una parte, que sería inválida si no se confirmase por juramento, al intervenir éste, cesa la cuestión, ya que el juramento suple la insinuación, aunque el valor exceda de los quinientos sueldos. Con el mismo fundamento afirma Antonio Gómez (*ubi supra*), que es válida sin insinuación la renuncia de la esposa a la mitad de los bienes gananciales en favor del marido. Mas yo creo que esto es falso, por tratarse de algo que se le debe en virtud del antecedente contrato matrimonial, análogamente a cualesquiera otros bienes que

se le debieran en virtud de cualquier contrato; y, por tanto, la remisión o cesión de estos derechos, si su valor excediere de los quinientos sueldos, será inválida sin insinuación en cuanto al exceso, como vimos en la disputación precedente.

14 Plantéase la cuestión de si todo lo que dijimos en esta disputación es o no aplicable al reino de Portugal. En efecto, las Ordenanzas (lib. IV, tít. 54, in princ.) establecen sin excepción alguna: "Todas as doaçoes, assi de beens moveis como de rayz, como de huuns e outros iuntamente, que passarem de trecentos cruzados douro, ou sua verdadeira valia, seram insinuadas e aporvadas per nos, ou por os desembargadores que pera ella forem deputados; e non sendo insinuadas, non valeram, salvo ate adita conta." Por lo cual, parece que en dicho reino se excluyen las salvedades hechas. A pesar de lo cual, nosotros afirmamos lo contrario; no sólo por lo que dice Gama (Decis. 213 y 302 cit.) respecto a las donaciones remuneratorias y causales, que dicha Ordenanza debe ser expuesta según el sentido de los textos comunes, más antiguos, sino también porque su generalidad no ha de entenderse respecto a las especies y modos de la donación, sino en cuanto a su materia, conforme a lo que declara la misma Ordenanza, al decir: "Assí de beens moveis como de rayz, como de huuns e outros iuntamente." Pues no ha de creerse que dicha Ordenanza haya pretendido trastornar todo el ordenamiento del Derecho común, y las opiniones de los autores que hemos explicado a lo largo de toda esta disputación.



DISPUTACION CCLXXX

DE SI ES VÁLIDA LA DONACIÓN DE TODOS LOS BIENES DEL DONANTE. ITEM SI SE CONFIRMA POR JURAMENTO

Sumario:

1.—La donación de todos los bienes presentes y futuros del donante es inválida.

2.—La donación de todos los bienes presentes es asimismo inválida en Castilla.

3.—De si es válida la donación de todos los bienes presentes y futuros cuando se confirme por juramento. Si lo es, en opinión del autor.

4.—Pruébase la opinión del autor.

5.—*Quid* de la donación de todos los bienes presentes confirmada por juramento, en el Derecho de Castilla.

6.—De si, aun cuando la donación de todos los bienes presentes y futuros no es totalmente válida, lo será, al menos, en parte.

7.—Es nula la donación de todos los bienes presentes y futuros, aunque sea recíproca, en virtud de la cual, los cónyuges o los hermanos se donen entre sí todos los bienes que queden a la muerte de uno de ellos, sobre todo tratándose de donación entre vivos.

8.—La donación de todos los bienes presentes es válida por Derecho común.

9.—Es válida la donación de los bienes de una persona, aunque sean todos los que posea.

10.—De si es válida una donación en estos términos: Te

doy todos mis bienes presentes y futuros, muebles e inmuebles.

11.—De si es válida por Derecho común la donación de todos los bienes presentes y futuros, reservándose el usufructo.

12.—Es válida la donación de todos los bienes presentes y futuros, reservado el usufructo.

13.—Pero será inválida cuando el usufructo sea exiguo.

14.—El usufructo en cuestión ha de ser en cantidad adecuada y suficiente, considerados los bienes del donante, para que sea válida la donación.

15.—En Castilla, será inválida la nodación, según la opinión de algunos, aunque el donante retenga el usufructo de todos los bienes presentes, lo cual se prueba con dos razones.

16.—Declárase más cierta la opinión contraria y se refuta la anterior.

17.—Es inválida la donación de la propia herencia.

18.—De si es o no inválida la donación de todos los bienes presentes y futuros, no sólo entre vivos, sino también por causa de muerte.

19.—La donación de todos los bienes presentes y futuros, si incluye una causa onerosa, es válida.

20.—Si la donación de todos los bienes presentes y futuros en concepto de dote es de escasa cuantía en relación a la mujer a quien se haga, es válida.

21.—De cuándo es válida o inválida la institución de un mayorazgo con todos los bienes presentes y futuros. Propónense vàrios casos.

22.—Exceptúase en el reino de Castilla el caso del mayorazgo confirmado por juramento.

23.—Item cuando el mayorazgo de todos los bienes presentes y futuros se instituya sin autorización real, pero como consecuencia de un contrato oneroso, como el de matrimonio o transacción.

Esta disputación, lo mismo que las dos anteriores, se refiere a la cantidad que se puede donar válidamente, por cuya razón va unida a ellas.

La donación de todos los bienes del donante, lo mismo 1
presentes que futuros, es inválida; ya que, al hacerla, el donante se priva a sí mismo de la facultad de testar, lo cual en modo alguno tolera el Derecho civil, según lo que dijimos en la disputación 151. Así se deduce de la *l. stipulatio hoc modo, ff. de verb. oblig.*; *l. si fratres, párr. idem respondi, ff. pro socio*; *l. ex eo, C., de inutil. stipul.*; *l. hareditas, C., de pactis conventis*; *l. cum donationis,* al final, *C., de transact.*; *l. pactum quod dotali,* y *l. últ., C., de pactis.* Y siguiendo a Bártolo (en su comentario a la primera ley citada), afirma la opinión común de los autores, citados y seguidos por Covarrubias (*Var. Resol.*, III, cap. 12, núm. 1 y sig.; *rub. de test.*, part. 2, núm. 3 y sig.), Molina (*De primog.*, lib. II, cap. 10, núm. 10 y sig.), Antonio Gómez (ad l. 69 de Toro, núm. 1), Julio Claro (*párr. donat.*, q. 19), Gutiérrez (*De iuramento confirmatorio,* cap. 11, núm. 2) y Gama (Decis. 206, núm. 3, y decis. 386).

Por Derecho de Castilla (l. 69 de Toro, que es la l. 9, tí- 2
tulo 10, lib. 5 de la Nueva Recopilación), ni aun la donación de todos los bienes presentes es válida, en lo cual consienten todos los autores castellanos en los lugares citados (1).

Antes de tratar más extensamente esta cuestión, plantea- 3
remos la duda de si será o no válida la donación de todos los bienes presentes y futuros, cuando se confirme por juramento. La opinión común de los autores afirman su invalidez. Todo el fundamento en que se apoyan consiste en que tal donación priva al donante la potestad de testar, lo cual es contra las buenas costumbres, según la *l. stipulatio hoc modo, ff. de verb. oblig.*, y varios otros de los textos citados; y

(1) En este punto, MOLINA se muestra muy razonable, pues la renuncia a la ley era otra de las escapatorias discurridas por algunos doctrinarios de la época, y consagrada en algunos sitios por la costumbre. En cambio, véase a continuación cómo falla en materia de juramento, su idea obsesionante.

como quiera que lo que se opone a las buenas costumbres es inválido, aunque se confirme por juramento, por cuanto éste no es un vínculo de iniquidad, etc. Así lo afirman Bártolo (*ubi supra*), el Panormitano y varios otros, citados y seguidos por Molina (cap. 10 cit., núm. 11), Antonio Gómez (l. 69 citada, núm. 4), Julio Claro (*párr. donat.*, q. 20, núm. 1), Gutiérrez (cap. 11 cit., núm. 11) y Gama (decis. 386). De la misma opinión fueron, como ya vimos en la disputación 151, los legisladores de las Ordenanzas de Portugal, proclamándolo abiertamente en su lib. IV, tít. 44, párr. penúltimo.

Mas nosotros, en la disputación 131 cit., hemos probado ya suficientemente, si no nos equivocamos, que el privarse de la facultad de testar, haciendo donación de todos los bienes presentes y futuros, no es un acto que se oponga a las buenas costumbres en el sentido de que suponga culpa mortal o venial, lo cual sería inválido, aunque se confirmara por juramento, sino que probamos lo contrario, deduciéndolo de sus principios, lo cual, por otra parte, es más propio de teólogos que de juristas, según vimos en el mismo lugar. Con nuestra opinión concuerdan Fortunio, Decio y otros a quienes cita y sigue Covarrubias (*Rub. de test.*, part. 2, núm. 5). Todo lo que dijimos extensamente en la disputación citada nos releva del trabajo de repetirlo en este lugar. Allí también explicamos en qué sentido afirman los textos que el privarse de la facultad de testar se opone a las buenas costumbres.

4 La opinión de Covarrubias y nuestra se confirma por el hecho de que no sólo los que la sostenemos, sino la misma opinión común de los autores que defienden la opinión contraria afirma que la donación de todos los bienes presentes y futuros hecha a una iglesia será válida. En efecto, si esta donación es válida, es notorio que no contiene pecado alguno, pues de otro modo los textos civiles, que la declaran absolutamente inválida, serían aplicables también cuando se hiciera a la Iglesia; ni tampoco es de creer que los Sumos Pontífices hayan tratado de aumentar los pecados, y, por tanto, no hubieran dado vigor a lo que es de suyo ilícito y nulo por Derecho civil, aunque se haga en favor de la Iglesia. Mas si la donación de todos los bienes no es de suyo ilícita, será válida, sin duda alguna, cuando se confirme por juramento, sin que lo impida su anulación por Derecho civil; y ello, aunque se haga a un particular. Pues bien, entre los autores que creen que la donación de todos los bienes presentes y futuros es inválida, aunque se confirme por juramento, afirman que será válida, incluso sin juramento, cuando se haga a una iglesia, Bártolo, el Panormitano y muchos otros, citados y seguidos por Julio Claro (q. 20 cit., número 3), Antonio Gómez (ad l. 69 de Toro, núm. 6), Gutiérrez (capítulo 11 cit., núm. 7) y Gama (Decis. 185, núm. 2). Véanse también los autores citados y seguidos por Covarrubias (número 5 cit.). Confirman su tesis basándose en la *l. iubemus nulli, párr.* 1, *C., de sacros. Eccles.*, que declara válida la donación de la totalidad del patrimonio hecha a una iglesia, concordando el *cap. últ., de succes. ab intest.* Pero, a mi juicio, la razón potísima es que el Derecho civil, contenido en la *l. stipulatio hoc modo* y en las demás anteriormente citadas, no tiene la menor aplicación a las donaciones y últimas voluntades en favor de obras pías. Por cuya razón, en la disputación 278 dijimos ya que cualquiera que sea la cuantía de la donación por causas pías no precisará insinuación.

Antonio Gómez (*ubi supra*) y varios otros afirman, siguiendo al Panormitano, que si una persona donare todos sus bienes presentes y futuros a una iglesia, ésta debería alimentarle de dichos bienes. Lo cual ha de entenderse en cuanto fuere necesario para completar lo que gane por su industria y trabajo, y de acuerdo con la cualidad de su persona.

Respecto a la donación de todos los bienes presentes, 5
que es nula por Derecho de Castilla, reconocen la mayoría de los autores, incluso los que lo niegan por lo que toca a la donación de bienes futuros, que será válida en dicho reino, si se confirma por juramento. Pues siendo válida por Derecho común, como veremos, por cuanto no priva de la

facultad de testar, consta que no se opone a las buenas costumbres. Así lo afirman Antonio Gómez (l. 99 de Toro, número 4) y Gutiérrez (cap. 11 cit., núm. 13).

Según nuestra opinión y la de Covarrubias, no cabe siquiera plantear la cuestión.

6 Plantéase, en cambio, la duda de si, aun cuando la donación de todos los bienes presentes y futuros, y en Castilla la donación de todos los bienes presentes, no es válida en su totalidad, cuando no se haga en favor de obras pías, valdrá, al menos, parcialmente, lo mismo que dijimos en la donación de más de quinientos sueldos hecha sin insinuación, que será válida por el valor de dichos quinientos sueldos. La opinión común es que no será válida ni siquiera en parte, opinión que citan y siguen Antonio Gómez (ad l. 69 de Toro, núm. 2), Gutiérrez (capítulo 11 citado, número 3) y Julio Claro (*párr. donat.*, q. 20, número 2), si bien éste añade que podría sostenerse también la opinión contraria. Pero no existe la misma razón que en la donación no insinuada mayor de quinientos sueldos, ya que en tal caso hay un cierto límite hasta el cual la donación es válida, anulándose en cuanto al resto; mientras que en la donación de todos los bienes no existe dicho tope legal. De modo que si la donación de todos los bienes presentes y futuros, o en Castilla de todos los bienes presentes, sólo fuera inválida en cuanto a la totalidad, pero no en cuanto a una suma contenida en ella, bastaría restar un maravedí para que resultara válida, siendo inútil dicha ley, dando en todo caso lugar a grandes confusiones.

7 Antonio Gómez (loc. cit., núm. 1) y Gutiérrez (núm. 12), con varios otros autores, a quienes citan, afirman que será nula la donación de todos los bienes presentes y futuros, aunque sea recíproca, en virtud de la cual, v. gr., dos cónyuges o hermanos se donen mutuamente todos los bienes que queden a su muerte. Mas yo creo que esto será verdad solamente cuando la donación sea entre vivos e irrevocable, pero no si fuere por causa de muerte o revocable por cualquier otro concepto, como es el caso más común, pues entonces será válida, por cuanto no priva de la facultad de testar. Y únicamente a esta última clase de donaciones recíprocas se refiere Julio Claro (q. 20 cit., núm. últ.) al afirmar lo contrario que Antonio Gómez, en cuyo sentido también es verdadera su opinión.

La donación de todos los bienes presentes es válida por 8
Derecho común, por cuanto no priva de la facultad de testar, pudiendo disponer el donante de los bienes que adquiera en el futuro. Así lo prueba la *l. omnes, párr. sed et si quis, de donat.*, afirmándolo la opinión común de los autores citados y seguidos por Julio Claro (*párr. donat.*, q. 19, número 2), Antonio Gómez (l. 69 de Toro, núm. 1), Covarrubias (*Var. Resol.*, III, cap. 12, núm. 4), Gutiérrez (cap 11 citado, núm. 1), Molina (*De primog., lib. II*, cap. 10) y Gama (Decis. 26, núm. 3).

Análogamente es válida por Derecho común la dona- 9
ción de todos los bienes, pues bajo el nombre de bienes o de todos los bienes se entienden únicamente los presentes. Así lo afirma la opinión común de los autores, citada y seguida por Julio Claro (q. 19 cit., núm. 3 y 4), Gama (Decis. 206, número 3), de acuerdo con Arias Pinelo (*C., de bonis maternis, in rub.*, part. 1, núm. 3), probándolo la *l. últ. C., quae res pig. oblig. pos.*, con aquellas palabras: "Siendo justo que se atienda más bien a la voluntad de los contratantes que a la concepción de las palabras", refiriéndose precisamente a la forma de palabras de que tratamos, declarando el jurisconsulto que sólo significan los bienes presentes. Lo mismo prueba, más expresamente, la *l. si ita, ff. de auro et arg. legat.*, y *l. omnes, párr. Lucius, ff. quae in fraud. cred.* Mas cuando conste por otros conceptos que el donante ha pretendido referirse también a los futuros, al hablar de todos sus bienes será inválida la donación, pues ha de estarse más bien a la mente y a la voluntad de los contratantes que a sus palabras, de acuerdo con la *l. últ., C., quae res. pig.*

Otro caso dudoso es el de la donación concebida en es- 10

tos términos: Te dono todos mis bienes presentes y futuros, muebles e inmuebles; o en Castilla, todos mis bienes presentes, muebles e inmuebles. La opinión común, citada y seguida por Julio Claro (q. 19 cit., núm. 5) y Gutiérrez (cap. 11 citado, núm. 16), de acuerdo con Pinelo (*rub. de bon mater.*, part. 1, núm. 24 y sig.), afirma su validez, por cuanto en el concepto de los bienes muebles e inmuebles no se comprenden los derechos personales ni las acciones, que constituyen una tercera clase de bienes, de acuerdo con la *l. a Divo Pio, párr. in venditione, ff. de re iudic.*, y *l. quam Tuberonis, párrafo in peculio, ff. de pec.*; ya que siempre quedará esta última categoría de bienes al donante, de los cuales podrá testar. Añádase que siempre la donación deberá interpretarse piadosamente en el sentido que más permita su validez, cuando las palabras lo permitan y no conste la voluntad en contrario del donante, de acuerdo con la *l. quoties, in principio, ff. de ver. dub.*

Gutiérrez y Arias Pinelo juzgan extraordinariamente probable dicha opinión (*ubi supra*, núm. 10 y sig.), cuando se diga: Dono los bienes muebles e inmuebles existentes en tal lugar, pues es notorio que ni los derechos ni las acciones pueden contenerse en lugar alguno, de acuerdo con la *l. Caius, in princ., ff. de leg. 2*; *l. si fidei commisum, párr. tractatum. ff. de iudicis*.

Ello ha de entenderse, no obstante, cuando el donante tenga efectivamente derechos y acciones al tiempo de la donación, cuando se trate de donación de todos los bienes presentes en el Reino de Castilla, pues de otro modo donaría de hecho todos sus bienes presentes, siendo en dicho Reino inválida la donación. Además, ha de constar que el donante no quiso comprender entre los bienes muebles e inmuebles también los derechos y acciones, pues entonces deberá estarse antes a su intención que a las palabras, de acuerdo con la *l. últ., C., quae res pig.*, en lo cual consienten Gutiérrez (*ubi supra*, núm. 20) y Pinelo (núm. 29). Sobre todo lo dicho véase lo que más extensamente tratamos en la disputación 202 respecto a esta cuestión.

Otro problema es el de si será válida por Derecho co- 11
mún la donación de todos los bienes presentes y futuros, reservando únicamente el usufructo. Pablo de Castro (*l. últ., C., de pactis*, etc.), Decio y otros que pueden verse citados por Covarrubias (*Var. Resol.*, III, cap. 12, núm. 1), creen que tal donación es inválida. Se apoyan en que supuesta tal donación, no queda nada al donante para poder testar. Pues el usufructo expira a la muerte del donante; y los frutos percibidos se incluyen dentro de sus bienes futuros, que también se donan: luego será inválida tal donación, que debe presumirse hecha en fraude de la ley. Y ciertamente, si el sentido de tal donación fuese que incluso los frutos que quedasen al tiempo de la muerte del donante debieran comprenderse entre sus bienes futuros, sin poder testar de ellos, sería muy cierta la opinión de Pablo de Castro, Decio y los demás. Por lo que varios autores citados por Covarrubias, que entienden en tal sentido la opinión de Pablo de Castro, declaran que si el donante dijera: Te dono todos mis bienes presentes y futuros, reservándome el usufructo, y todos los frutos que en virtud de tal derecho deba percibir, será válida la donación, por poder testar de dichos frutos. También Bártolo (*consil.* 76) cree que para la validez de la donación de todos los bienes presentes y futuros, no basta la reserva de usufructo de por vida, pues, a no ser que pueda disponer de él, por acto de última voluntad, desaparecerá el derecho a testar. En lo cual consienten Covarrubias (cap. 12 cit.), Molina (cap. 10 citado, núm. 2), Julio Claro (q. 19 cit., núm. últ.) y, en general, los doctores. Si bien Covarrubias (al final del número 3) duda que tales palabras priven realmente de la facultad de testar, lo cual dudo yo también.

En efecto, yo afirmo que es válida la donación de to- 12
dos los bienes presentes y futuros, si se reserva el usufructo. Así lo afirman Pablo de Castro, contra su propia opi-

nión (*l. stipulatio hoc modo, ff. de verb. oblig.*), Bártolo (*consil.* 76 cit.), el Panormitano (*consil.* 102), Alejandro y la opinión más común, citada y seguida por Molina (*De primog.*, lib. II, cap. 10, núm. 19), Covarrubias (*Var. Resol.*, III, cap. 12, núm. 1), Antonio Gómez (ad. l. 69 de Toro, número 3), Julio Claro (*párr. donat.*, q. 19 cit., núm. últ.), Gutiérrez (cap. 11 cit., núm. 14). La razón potísima es que la reserva de usufructo supone excluídos de la donación los frutos que hayan de percibirse por este título, pudiendo libremente disponer el donante de ellos o de su precio, lo mismo entre vivos que por acto de última voluntad, sin que lo impida la donación de todos los bienes presentes y futuros, supuesta dicha reserva. Y si el donante muriere abintestato, tales frutos pasarán a los herederos legales, y no al donatario, a no ser que éste fuera asimismo heredero abintestato. Véanse otras razones en Covarrubias (núm. 1 cit.).

13 Mas cuando el usufructo reservado fuese tan exiguo que no bastáse ni aun para la adecuada sustentación del donante, o lo que quedara, una vez sufragada ésta, fuese tan poco en relación con los bienes del donante, que pueda considerarse como nada, como quiera que desaparecería la facultad de testar, sería inválida tal donación. Así lo afirman Covarrubias (loc. cit., núm. 3), Gutiérrez (cap. 11 citado, núm. 14) y Molina (*De primog.*, lib. II, cap. 10, número 25).

14 En general cabe afirmar que si bien la donación de todos los bienes presentes y futuros se reputa válida, cuando el donante se reserve algo de que, supuesta la congrua sustentación, pueda libremente testar si quisiere, esto lo entienden los autores con tal que sea una cantidad adecuada y suficiente, de acuerdo con el patrimonio del donante; ya que lo poco debe tenerse por nada, por lo que toca a dicha facultad de testar. Así lo afirman Pablo de Castro y Alejandro (*l. stipulatio hoc modo concepta*), Aretino y otros a quienes citan y siguen Molina (*De primog.*, lib. II, cap. 10, número 25), Julio Claro (q. 19 cit., núm. 8), Covarrubias

(*Var. Resol.*, III, cap. 12, núm. 3), Gutiérrez (cap. 11 cit., número 15), Antonio Gómez (l. 69 de Toro, núm. 3) y Gama (Decis. 348, núm. 3). Julio Claro (loc. cit.) creyó que para la validez de tal donación es necesario que la parte reservada represente como mínimo la vigésima parte de los bienes del donante. Mas esto no es aprobado por Molina (núm. 25 cit.) y Gama (Decis. cit.), con otros autores que creen que la cuestión debe dejarse al prudente arbitrio del juez. Gama juzgó en cierto caso que cita suficiente la suma de cuatro mil *reais*, moneda de bronce portuguesa equivalente a los llamados maravedíes de Castilla, teniendo en cuenta la calidad de las personas. Y refiere que Alejandro dió por suficiente una suma aun menor.

Respecto a si es válida en Castilla la donación de todos los bienes presentes, si se reserva el usufructo, Covarrubias se inclina a la negativa (*Var. Resol.*, III, cap 12, núm. 4), si bien reconoce que ha sido declarada válida por varios tribunales del Reino. Se apoya en que la reserva de tal usufructo no impide que se trate de una donación de todos los bienes presentes. Lo cual prueba. Primero, porque los frutos a percibir no se incluyen entre los bienes presentes, sino entre los futuros del donante, y el derecho a disfrutarlos que se reserva el donante no puede computarse entre sus bienes presentes, por cuanto el usufructo que al tiempo de la donación le corresponde es causal y conjunto con el dominio directo; mas el que se reserva es formal, y no se constituye hasta que los bienes pasen en virtud de la donación y tradición al donatario, resultando de este modo que tal usufructo no se incluye entre los bienes presentes, sino entre los futuros del donante, una vez hecha la donación. 15

Segundo, los autores que tratando únicamente del Derecho común discrepan de la opinión de Pablo de Castro y sus secuaces, se apoyan en que la donación de todos los bisnes presentes y futuros con reserva de usufructo, se transforma en donación de todos los bienes presentes; pues opi-

nan que el Derecho de usufructo no impide que se trate de una donación de todos los bienes presentes, ya que el donante no puede disponer por testamento del usufructo; mas creen de todos modos válida dicha donación, por cuanto puede, no obstante, disponer de los frutos futuros, que se consideran excluídos en virtud del usufructo.

Tercero, la ley de Castilla declara inválida la donación de todos los bienes presentes, en el sentido de que para la validez de cualquier donación ha de reservarse cierta cantidad de los bienes presentes, de los cuales pueda testar el donante al tiempo de la donación; como si la ley quisiera conservar la facultad de testar del donante, aunque surgiera el peligro de muerte inmediatamente después de la donación. Por lo cual, aunque exista un derecho formal de usufructo sobre los bienes presentes, no bastará esta reserva, pues este derecho se extingue por la muerte, no pudiendo disponer de él el donante.

16 Mas con razón es rechazada esta tesis, como nueva y poco probable, por Molina (*De primog.*, lib. II, cap. 10, número 22 y sig.), seguido por Gutiérrez (cap. 11 cit.), consintiendo con ambos Antonio Gómez (ad. l. 69 de Toro, número 3). Y como ello resultará evidente al soltar los argumentos en que se apoya Covarrubias, procederemos a su refutación.

Por lo que toca al primer argumento, negaremos que el derecho de disfrute que se reserva el donante no pueda computarse entre los bienes presentes del donante. El mismo Covarrubias reconoce la poca fuerza de las razones que alega en su confirmación, ya que es idéntico el usufructo que se llama causal, por estar unido al dominio directo, y el llamado formal, que es el mismo al separarse del dominio, perteneciendo a uno el usufructo y a otro el dominio directo; diferenciándose sólo de un modo accidental por su unión o separación al dominio directo. Por lo que al transferirse por la donación el dominio directo al donatario, el mismo usufructo que antes se llamaba causal, recibe el nom-

bre de formal; lo cual no puede evidentemente impedir que el donante se reserve el mismo usufructo que tenía antes de la donación, siendo evidentemente cierto que se reserva una parte de los bienes que tenía al tiempo de ésta. Añádase que la simple donación, si no va completada por la tradición, no transfiere el dominio al donatario, conservándolo entre tanto el donante; y como quiera que la reserva de usufructo es simultánea a la donación, siendo ambas anteriores a la tradición de los bienes, aunque ésta se celebre por la cláusula de constituto, como es lo más general: por cuanto el donante debe continuar poseyéndolos para disfrutarlos por todo el tiempo de su vida; se deduce, pues, que al tiempo de la reserva el usufructo es aún causal, tomando, una vez celebrada la tradición, el carácter de usufructo formal. Por lo que es lisa y llanamente falso el decir que no hay reserva del usufructo causal, que sólo tomará el carácter de formal después de celebrada la tradición. Añádase que la donación, como reconoce el mismo Covarrubias, se realiza en un acto único con la reserva, en cuyo tiempo el usufructo reservado se incluye entre los bienes presentes del donante.

Al segundo argumento negaremos que los autores en cuestión hayan dicho semejante cosa. Y si la hubieran dicho, hubieran errado torpemente, siendo evidentísimo que tal usufructo es una parte de los bienes que al tiempo de la donación pertenecían al donante. El hecho de que el donante no pueda disponer por testamento de tal usufructo no procede de que no sea una parte de sus bienes, sino de que expira con la vida del mismo donante. Mas si el donante lo vendiere, podría disponer por testamento de su precio, lo mismo en el momento de donar y reservarse el usufructo, que posteriormente. En efecto, ellos defendieron la validez de tal donación basándose en este razonamiento, porque en Derecho común bastaba para la validez de la donación de todos los bienes presentes y futuros con reserva de usufructo, que el donante pudiera testar de los frutos a

percibir como consecuencia del usufructo, aunque no pudiera disponer del mismo derecho de disfrute; mas con ello no afirmaron que el propio derecho de disfrute no fuese una parte de los bienes que tuviera el donante al tiempo de la donación.

Al tercer argumento observaremos que tal vez los legisladores no se apoyaron en dicha razón para anular la donación de todos los bienes presentes, sino que probablemente lo hicieron para evitar que los súbditos pudieran verse en ningún tiempo privados de todos sus bienes. Además, cabe observar que el donante que se reserva el usufructo, puede vender este derecho y disponer por testamento de su precio. Añádase que las leyes no presumen que el donante haya de morir inmediatamente antes de percibir ningún fruto de que pueda testar, sino que más bien presumen lo contrario. Añádase también que las leyes pretenden, más que el permitir al donante que pueda testar en cualquier momento, como si no pudiera surgir ningún impedimento fortuito que le impidiera hacerlo, que el impedir que el donante se prive de un modo absoluto y omnímodo de la misma facultad de testar.

17 Existe el problema de si por Derecho común será válida la donación de la propia herencia. Bártolo (*l. úl., C., de pactis*) y la opinión común de los autores, seguida por Julio Claro (*párr. donat.*, q. 19, núm. 6) y Gutiérrez (capítulo 11 cit., núm. 4) afirman su invalidez. Puesto que, incluyendo en la herencia todos los bienes que subsistan a la muerte del donante, éste se priva de la facultad de testar. A mí me agrada esta opinión. En cambio, el mismo Bártolo se contradice a sí propio al comentar la *l. quaesitum est, párr. penúlt., ff. de legatis*, I, donde afirma su validez, creyendo que en tal donación sólo se incluyen todos los bienes presentes. Lo mismo cree el Purpurado (*l. últ., C., de pactis*). Mas la opinión primera repetimos que parece más cierta; y aunque fuese verdad la segunda, sería, no obstante, nula dicha donación por Derecho de Castilla, como consta por lo que llevamos dicho.

Es dudoso si no solamente es inválida la donación entre 18
vivos de todos los bienes presentes y futuros, y en Castilla de todos los bienes presentes, sino el que lo sea también la donación por causa de muerte. Antonio Gómez (ad l. 69 de Toro, núm. 5), apoyándose en argumentos bastante débiles, la reputa inválida, contradiciéndose a sí mismo en sus *Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 22 al final. Mas nosotros afirmamos, con la opinión común de los autores, citada y seguida por Julio Claro (q. 19 cit., núm. 7) y Molina (*De primog.*, lib. II, cap. 10, núm. 14), que será válida, sin duda alguna. En efecto, la donación por causa de muerte es revocable libremente por el donante y, por tanto, no priva de la facultad de testar, aunque comprenda todos los bienes presentes y futuros, cesando, por tanto, la razón de que sea inválida la donación análoga entre vivos.

La última cuestión dudosa es si, aunque la donación de 19
todos los bienes presentes y futuros, y en Castilla de todos los bienes presentes, no es válida mientras tenga el carácter de verdadera donación, será o no válida cuando intervenga, además, una causa onerosa, como el matrimonio, transacción u otra semejante. Molina (*De primog.*, lib. II, capítulo 10, núm. 17) afirma su validez. Se apoya en que si bien por Derecho civil es nula la donación gratuita de todos los bienes presentes y futuros, no existe texto legal ninguno que prohiba enajenar o renunciar a todos los bienes, incluso los futuros, en virtud de alguna causa onerosa. Y esta opinión me satisface, sin que yo sepa de nadie que se oponga a ella, apoyándola Vázquez de Menchaca (*De succes. creat.*, lib. I, párr. 1, núm. 32), al tratar de la institución de mayorazgos con todos los bienes de una persona.

Obsérvese que si la donación de todos los bienes presen- 20
tes y futuros en concepto de dote fuese de escasa cuantía por relación a la mujer a quien se hiciese, hasta el punto

de que pudiera computarse entre las donaciones por causas pías, sería indudable su validez, por ser válida la donación en favor de obras pías, aunque comprenda todos los bienes presentes y futuros, como ya vimos anteriormente. Asimismo, si la donación de todos los bienes presentes y futuros en concepto de dote o de donación nupcial se hiciera simultáneamente con el contrato de matrimonio, uniéndose, por tanto, la donación con un contrato oneroso, e incluso tomando este carácter la misma donación, será válida, como dijimos de acuerdo con el mismo Molina, por no incluirse dentro de los límites de la pura donación gratuita. Y creo lo mismo en el caso de hacerse bajo condición de contraer con tal o cual persona, pues tal condición le daría el carácter de contrato oneroso, con tal que la dote o la donación nupcial no sean tan excesivas por relación al otro cónyuge, que deban considerarse realizadas en fraude de la ley para lograr la validez de tal donación de todos los bienes presentes y futuros, debiendo entonces afirmarse su nulidad. Además, como quiera que la donación en concepto de dote o de donación nupcial es gratuita por respecto a la persona a quien se haga, ciertamente que si no puede considerarse como donación por causas pías, ni va unida a un contrato oneroso que resulte proporcionado a su cuantía, ni tampoco se hace bajo condición de celebrar tal contrato con determinadas personas, sino que se haga de un modo absoluto como dote o donación nupcial, será inválida tal donación. Y de este modo se concilian las opiniones de Molina (loc. cit.) y las de Gutiérrez (cap. cit., núm. 9 y 10) con sus secuaces.

21 De todo lo dicho en esta disputación, se deduce claramente cuándo será válido y cuándo no el mayorazgo instituído con todos los bienes presentes y futuros, y en Castilla, con todos los bienes presentes. En efecto, la institución de un mayorazgo se hace con carácter revocable o con carácter irrevocable, según lo que veremos más adelante.

Si se instituye con el primer carácter, como quiera que no desaparece la facultad de testar, el hecho de que comprenda todos los bienes no vicia la institución. Así lo afirma Molina (*De primog.*, lib. II, cap. 10, núm. 13).

Si se instituyere con el segundo carácter, interviniendo la autorización real, para instituirlo con todos los bienes presentes y futuros, será válida la institución, ya que se presume la dispensa por el Soberano de la disposición legal que anula la donación de todos los bienes. Así lo afirma Molina (ibíd., núm. 15).

Si se instituyere sin autorización real, será inválida la institución, por cuanto priva de la facultad de testar. Tal es la opinión de Molina (ibíd., núm. 16).

Exceptúase en el Reino de Castilla el caso de que sea 22
confirmada por juramento. En efecto, en dicho Reino es válido y lícito el juramento en las donaciones y en los contratos que serían nulos de no ir reforzados por juramento, como consta en las leyes 11 y 12, tít. 1, lib. IV de la Nueva Recopilación, y lo hemos dicho ya tantas veces; y del mismo modo que es válida la donación de todos los bienes presentes y futuros confirmada por juramento, según nuestra tesis, lo será también la creación de un mayorazgo con todos los bienes presentes y futuros. E incluso según la opinión contraria, lo mismo si se crea con todos los bienes presentes y futuros que con todos los bienes presentes.

Por el contrario, en Portugal, el mayorazgo de todos los bienes presentes y futuros, aunque se confirme por juramento, es inválido, a no ser que intervenga la expresada autorización real para hacer tal juramento, pues de otro modo, de acuerdo con las Ordenanzas, lib. IV, tít. 3, ya citadas en la disp. 149, sería, por lo mismo, nulo el juramento, y aun la institución, por la simple intervención del juramento. Mas si el juramento interviene con autorización real, será válida la institución, según nuestra opinión, por la simple fuerza del juramento, y, además, porque, en

tal caso, la misma institución ha sido autorizada por el Soberano.

Obsérvese que la institución de un mayorazgo de todos los bienes presentes y futuros es válida si se hace con autorización real, como reconoce Molina, demostrando que de suyo no se opone a las buenas costumbres; pues de otro modo, ni los Reyes darían tal autorización, ni ésta sería suficiente para su validez; por lo que siempre que se confirme por juramento en un Reino que el juramento no anule los actos, será válida, sin duda alguna, contra lo que afirma respecto a la donación de todos los bienes presentes y futuros, confirmada por juramento, la opinión común de los autores, de cuyo número es el mismo Molina.

23 Exceptúase también el caso de que el mayorazgo instituído de todos los bienes presentes y futuros sin autorización real y sin confirmación por juramento, se instituya en virtud de un contrato oneroso de matrimonio, de transacción u otro semejante, del modo ya explicado; o cuando el donante se reserve una cantidad adecuada de sus bienes, de los que pueda disponer por testamento, del modo ya explicado también, como afirma Molina rectamente (*De primog.*, lib. II, cap. 10, núm. 17 y sig.).

DISPUTACION CCLXXXI

DE LA REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES POR INGRATITUD DEL DONATARIO

Sumario:

1.—Se enumeran cinco causas, en virtud de las cuales se puede revocar la donación por ingratitud del donatario.

2.—Actualmente las madres que hayan pasado a segundas nupcias pueden revocar por ingratitud las donaciones hechas a sus hijos, cosa que antes no podían hacer.

3.—Si el donante no hubiera revocado la donación, no podrán hacerlo sus herederos.

4.—Los herederos del donante pueden obligar al donatario y a sus herederos a cumplir lo pactado.

5.—El donatario, aunque sea ingrato, no está obligado a restituir lo donado, mientras no se haya probado suficientemente en juicio alguna causa de revocación.

6.—Cuando se haya probado suficientemente la causa y se haya dado sentencia, se revoca la donación por ingratitud.

7.—De si es lícito revocar la donación por otras causas de ingratitud, con tal que sean graves. Expónese una opinión.

8.—Propónese la opinión del autor.

9.—Las enemistades, aunque sean graves, no bastan para revocar la donación perfecta, con tal que no hagan ingrato al donatario.

10.—*Quid* cuando la donación se haga con el pacto de no

revocarla aunque el donatario sea ingrato. De si es válido tal pacto e irrevocable la donación.

11.—De si es lícito revocar por ingratitud la donación confirmada por juramento.

12.—La donación causal no se revoca por ingratitud del donatario.

13.—La dote dada al marido no se revoca por ingratitud de la esposa.

14.—Si se confiere un beneficio eclesiástico, y el beneficiado fuere ingrato hacia el que se lo confiere, no podrá revocarse la colación del beneficio.

En la disp. 272 explicamos algunos capítulos, en virtud de los cuales es lícito no cumplir la donación mientras ésta no ha salido de los límites de la promesa aceptada, que de otro modo sería obligatoria. En esta disputación y en las dos siguientes, vamos a tratar de algunas otras cuestiones sobre la revocación de la donación, no sólo mientras se contiene en dichos límites, sino también cuando es absolutamente perfecta por la tradición, teniendo ya el carácter de contrato nominado.

1 La *l. últ. C., de revocandis donationibus, párr. sciendum est,* la Instituta, *de donationibus,* y las Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tít. 55, enumeran cinco causas en virtud de las cuales se puede revocar la donación por ingratitud del donatario. De las cuales sólo las cuatro primeras han sido incluídas en el *cap. últ. de donationibus,* y en la l. 10, tít. 4 de la Partida V, porque, como dice el Panormitano (cap. último cit., núm. 2), la última no se refiere tanto al vicio de ingratitud, como a la donación modal, de lo cual trataremos más adelante.

La primera de dichas causas es que el donatario cause injurias atroces al donante. Basta que lo haga una sola vez, como siguiendo a Fabro dice Gregorio López (l. 10 cit. verb. *de palabra*). Y nadie hay que dude que aquí se incluyen las injurias causadas de palabra. Las Ordenanzas de

Portugal (tít. 55 cit., párr. 1) explican que no es necesario que se hagan en presencia del ofendido, no importando que esté ausente. Respecto a cuáles han de considerarse como atroces, se deja al prudente arbitrio de los jueces que habrán de tener en cuenta todas las circunstancias de la persona a quien se dirigen, del lugar, v. gr., si se profiriesen en juicio o en el foro, ante muchas o pocas personas, etc., según lo que dijimos en la disp. 176 respecto a la segunda causa de desheredación, afirmándolo las Ordenanzas de Portugal (párrafo cit.).

Lo mismo creen dichos autores que aquí se incluyen las injurias de obra, exceptuando la percusión, que se incluye dentro de la segunda causa; por ejemplo, si el donatario colocase unos cuernos a la puerta del donante, o algo semejante, como espantarle o tenerlo encerrado con grave deshonra suya, etc., como afirman el Panormitano (*cap. últ., de donat.,* núm. 2), Gregorio López (l. 10 cit., verb. *de palabra*), con Juan Andrés y Alberico. La l. 10 cit. de las Partidas establece lo mismo para el caso de que el donatario acusare al donante de un delito que de ser cierto se castigase con la muerte o mutilación, la pérdida de la mayoría de los bienes o una infamia notoria. Esto dice Gregorio López que ha de tenerse muy en cuenta, por no estar bastante expreso en Derecho común. Lo cual ha de entenderse, como vimos en la disp. 176 respecto a la tercera causa de desheredación, con tal que el donatario no esté obligado a acusar o descubrir tal crimen, como ocurre en la herejía y en los delitos contra el Príncipe o el Estado. En cuyo lugar dijimos que lo mismo ocurrirá cuando el donatario sea voluntariamente testigo, abogado, procurador o delator de tal crimen contra el donante. En todo lo cual está de acuerdo Covarrubias (*Var. Resol.,* I, cap. 11, núm. 9), que cree que esto ocurrirá incluso en la acusación de una injuria contra su misma persona. Mas yo creo que en este caso no hay ingratitud, pero sí, siempre que la injuria no sea contra él o los suyos.

La segunda causa es que el donatario levante su mano

impía contra el donante. Pues no será mano impía la que se levante sin culpa mortal, como para defensa de la República, de uno mismo o del prójimo, o por otra justa causa. En este concepto entran los golpes con piedras, leños o cualquier otra cosa, de acuerdo con lo que diremos en el Tratado III sobre la percusión de persona eclesiástica; si bien la ignorancia probable de que fuese el donante la persona a quien injustamente se golpee excusaría de esta pena. Véase lo que dijimos en la disp. 176 respecto a la primera de las causas de desheredación.

La tercera causa es el causar al donante un notable perjuicio en sus bienes materiales. Lo cual ha de entenderse si se hiciere injustamente, sin que haya justa causa que lo excuse. Aquí se incluye la acusación de un crimen que le produzca importante perjuicio en sus bienes materiales, como afirmó la l. 10 de las Partidas al tratar de la primera causa. Lo que haya de considerarse como grave perjuicio, se deja al arbitrio judicial, que habrá de considerar todas las circunstancias concurrentes. No es necesario que llegue a la mitad de su patrimonio, como afirman Juan Andrés, el Panormitano (*cap. últ., de donat., núm.* 2) y Gregorio López (l. 10 cit., *verb. gran damno*). La citada ley de Portugal (título 55, párr. 3), estableció que se puede revocar la donación incluso cuando el donatario no haga más que atentar el perjuicio de los bienes del donante, aunque de hecho no lo consiga. Más expresamente establecen lo contrario la *l. últ., C., de donat.*, y la l. 10 cit. de las Partidas, con el cap. últ., *de donat.*, por lo que fuera de Portugal es, en general, cierto lo contrario, como de acuerdo con Juan Andrés afirma Gregorio López (l. 10 cit., verb. *gran damno*).

La cuarta causa es que el donatario ponga en peligro la vida del donante. Lo cual ha de entenderse lo mismo si lo hace personalmente o por medio de otra persona, sin causa razonable que le excuse de culpa, como ocurriría si le acusara del crimen de herejía o de lesa majestad. Y como quiera que atentar o procurar su muerte es poner en peligro su

vida, aunque la muerte de hecho no se logre, no es evidentemente necesario en esta cuarta causa que se siga el efecto de la muerte, lo cual declaran abiertamente todos los textos citados. La ley portuguesa (tít. 55, párr. 4) extiende lo dicho al peligro del cuerpo o del estado del donante; pues dice: "cuando o donatario per alguma maneira insidiou acerca de algum perigo e danno da pessoa do doador; assi como se elle per si ou por outro lhe procurase a morte, ou perigo do seu corpo, ou estado". Mas como quiera que las penas no han de aplicarse extensivamente, en Derecho común y de Castilla, no ha de admitirse más peligro que el de la vida.

La quinta causa es cuando la donación se haya hecho con un modo o gravamen, al que se haya obligado el donatario por escrito o verbalmente, sin haberlo cumplido; pues en virtud del incumplimiento de tal modo o gravamen, puede revocarse la donación. Así consta por la *l. últ., C., de donat.*, y las Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tít. 55, párr. 5.

2 En otro tiempo establecía el Código de Justiniano (*l. his solis, C., de revoc. don.*) que las mujeres que pasaran a segundas nupcias no pudieran revocar las donaciones hechas a sus hijos por ingratitud de éstos. Y mucho menos cuando se tratara de meretrices, como añade la misma ley.

Mas hoy las Novelas han autorizado que las madres que pasen a segundas nupcias puedan revocar las donaciones hechas a sus hijos, en tres casos solamente. Primero, si el hijo insidiare contra la vida de su madre, no siendo necesario en este caso que se produzca efectivamente la muerte. Segundo, si levantare contra ella su mano impía. Tercero, si perjudicare el patrimonio de su madre, bastando también en este caso el atentado, aunque no se produzca el efecto. Así consta en la Auténtica *quod mater, C., de revoc. donat.*, y la Auténtica *de nuptiis, párr. mater;* l. 10, tít. 4 de la Partida V, y Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tít. 55, párr. 6.

3 Si en cualquiera de los casos explicados en esta disputación el donante no ha revocado durante su vida la donación, ni ha accionado para conseguirlo, tampoco podrán hacerlo

los herederos. Análogamente, si durante la vida del donatario ingrato el donante no ha revocado la donación, ni accionó para conseguirlo, no podrá hacerlo después contra los herederos del donatario. Pues todas estas disposiciones son penales contra el delito de ingratitud del donatario, expirando la acción a la muerte del donatario o del donante, indistintamente, cuando éste no haya empezado su acción durante la vida de ambos y estando las cosas íntegras. Así consta en la *l. últ., C., de revoc. donat.; cap. últ. de donat.;* l. 10, tít. 4 de la Partida V y Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tít. 55, párr. penúlt., y se deduce de otros textos, que pueden verse citados por Gregorio López (ibid, glos. últ.), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 14) y Molina (*De primog.*, lib. I, cap. 9, núm. 36). No obstante, el Panormitano, Juan Andrés (cap. últ. cit., núm. 7), Silvestre (*verb. donat.*, I, q. 14), Antonio Gómez (núm. 14 cit.), Gregorio López (l. 10 cit., glos. últ.), Molina (*De primog.*, lib. I, cap. 9, núm. 37) y varios otros limitan esto al caso de que el donante haya conocido la ingratitud, callando, no obstante, por estimarse que su silencio equivale al perdón; pero no cuando en lugar de hacerlo así se preparaba a ordenar la revocación, siendo sorprendido por la muerte; basándose en la *l. posthumus, párr. últ., de inof. test.*, y *l. scimus*, al final, *C., eod. tít.* También excluyen el caso de que ignore la ingratitud, o aunque la haya sabido, si no ha tenido tiempo para revocar la donación; en todos estos casos pasará la acción a los herederos del donante, y contra los herederos del donatario, como claramente se deduce por argumento *a contrario* de los textos citados, al suponerse en todos ellos la condición del silencio del donante; pues no puede decirse que calla el que ignora o el que no tiene tiempo para accionar.

Confírmase por la glosa a la *l. fidei commissum., C., de fideicom.*, donde se dice que si el testador que haya establecido un fideicomiso o legado, no ha cambiado su declaración de voluntad, pero el legatario comete contra él un crimen de tal naturaleza que si el testador lo hubiera conocido

revocaría el legado, no deberá pagarse dicho legado en virtud de la voluntad tácita o presunta del testador; de acuerdo con la glos. últ. a la *l. sororem, C., de his quibus ut indignis.* De ambas glosas deduce el Panormitano que si, por ejemplo, el donatario cohabitase con la hermana del donante sin que éste lo supiera, podrían los herederos del donante revocar por este concepto la donación, por tratarse de una injuria atroz, que se computa entre las que recordamos al tratar de la primera causa de ingratitud. A no ser que se dijera que se trata de una injuria accidental, siendo así que el Derecho sólo se refiere a las injurias propiamente dichas, según lo que dijimos en la disp. 176. Obsérvese que nosotros hemos dicho anteriormente en la disp. 167 que no puede admitirse tal limitación cuando haya habido causa legítima para que el padre desheredara al hijo, o el hijo al padre, por no existir la misma razón, según dijimos, de acuerdo con Antonio Gómez y Molina. Véase lo dicho en tal lugar.

Respecto a la quinta causa de ingratitud reconocida por 4
la *l. últ., C., de revoc. donat.*, es decir, el incumplimiento del modo impuesto al donatario, obsérvese que si bien la facultad de revocar una donación no pasa a los herederos sino con las limitaciones que acabamos de explicar, no obstante, los herederos del donante pueden obligar al donatario y a sus herederos a cumplir tales pactos y convenciones. En efecto, aquí ya no se trata de una acción penal, salvo en lo que toca a revocar la donación, que será lo único que se extinguirá con la muerte del donante o del donatario, del modo que llevamos explicado.

Obsérvese también que como quiera que la revocación de 5
la donación ha sido establecida como pena en virtud de las dichas cinco causas, aunque el donatario sea ingrato, no estará obligado a restituir lo donado hasta que se haya probado suficientemente en juicio cualquiera de dichas causas, de acuerdo con lo establecido por la *l. últ., párr. ex his enim, C., de revoc. donat.* y una vez dada por el juez la correspondiente sentencia. En lo cual consiente Covarrubias, no sin

alguna vacilación (*Epitome*, part. 2, cap. 6, párr. 8, núm. 17, vers. últ.). Véase lo dicho en la disp. 176.

6 Cuando se revoque la donación por ingratitud, una vez probada suficientemente la causa y dada la oportuna sentencia, observan Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, número 21 al final), Gutiérrez (*De iuram. confirm.*, part 1, cap. 10, núm. 7 y sig.) y muchos otros a quienes ellos citan, que la revocación comprende todos los frutos percibidos desde la *litis contestatio;* pero no los percibidos antes, que pertenecerán al donatario, según la glosa a la *l. generaliter, párrafo pro inde. verb. ex aliqua causa, ff. de fideicom. libert.*

7 Respecto a si se puede revocar la donación por otras formas de ingratitud distintas de las enumeradas en la *l. últ., C., de revoc. donat.*, afirma la opinión común de los autores, de acuerdo con la glosa a la *l. últ. cit., verb. voluerit*, que sí se podrá, con tal que se trate de causas tanto o más graves que aquéllas. Así lo refieren y siguen el Panormitano (*cap. últ. de donat., núm.* 73), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 14), Molina (*De primog.*, lib. I, cap. 9, número 32), Julio Claro (*párr. donat.*, q. 21) y Navarro (*cap. statuimus*, XIX, q. 3, núm. 48). De esta opinión son también todos los que dijimos en la disp. 176, que afirman la existencia de otras causas de desheredación diferentes de las catorce allí enumeradas, basándose en los mismos argumentos que allí expresamos. Se cita, por ejemplo, de acuerdo con la glosa citada, al Panormitano y algunos otros, que si habiéndose empobrecido el donante, el donatario le negase alimentos, podría revocarse la donación por ingratitud, lo cual limitan algunos al caso de que la donación fuera importante, y de que el donatario pueda cómodamente hacerlo, considerando siempre el grado de indigencia del donante.

8 Nos satisface más la opinión contraria, de acuerdo con lo que dijimos en la disp. citada. Nos apoyamos, primero, en que la *l. últ.* citada, después de enumerar las cinco causas explicadas, añade: "permitimos que se puedan revocar las donaciones únicamente por estas causas, si fueren sufi-

cientemente probadas en juicio". Vemos que se trata de una disposición restrictiva, que excluye todas las demás causas de ingratitud. Segundo, porque se trata de una ley penal, siendo ilícito extender las penas a otros casos en virtud de argumentos *a paritate* y *a maioritate*, fuera de los expresamente legislados; siendo así que los defensores de la opinión contraria se apoyan únicamente en la existencia de una razón mayor o igual de revocarse la donación, al intervenir una igual o mayor causa de ingratitud. Véase todo lo que dijimos extensamente en el lugar citado (1).

Cree Molina (*De primog.*, lib. I, cap. 9, núm. 35) que las 9
enemistades, aunque sean graves, no bastan para revocar la donación perfecta, con tal que no supongan ingratitud por parte del donatario, por alguno de los conceptos enumerados en la *l. últ., C., de revoc. donat.;* y por la misma razón. tampoco el mayorazgo instituído con carácter irrevocable. En cambio, cree que ocurrirá lo contrario (núm. 42) en el caso de la donación revocable, o del mayorazgo instituído con el mismo carácter, pues éstos se equiparan al legado revocable, que expira al surgir grave enemistad entre el donante y el donatario. o entre el que instituye el mayorazgo y el llamado revocablemente a sucederlo, como dijimos respecto a los legados en la disp. 212. Y respecto a estas donaciones revocables, afirma Gregorio López (l. 10, tít. 4 de la Partida V), que pasa a los herederos el derecho de revocación, cuando el donante no haya perdonado la ingratitud.

Es dudoso si cuando la donación se haga con una cláu- 10
sula o pacto en virtud del cual no pueda revocarse a pesar de la ingratitud del donatario, lo cual es frecuente entre los notarios de Castilla, será o no válido tal pacto, y se podrá o no revocar por ingratitud tal donación. Los doctores co-

---

(1) Tales donaciones no pueden ser toleradas, lisa y llanamente, porque se oponen al mismo fin del Derecho, que defendiendo a la persona y a la familia, defiende el *bien común*. Sólo en casos excepcionales podrían permitirse, v. gr., al religioso que ingresa en un monasterio, y siempre con ciertos límites. La propiedad es una *función social*, exactamente lo mismo que el detentar un cargo público.

múnmente citados y seguidos por Antonio Gómez (*Var. Resol.* II, cap. 4, núm. 14), Gregorio López (ad. l. 69, tít. 18 de la Partida III), y Gutiérrez (cap. 16 cit., núm. cit.), afirman que podrá revocarse en todo caso, por cuanto tal pacto y renuncia al derecho de revocar la donación por ingratitud son nulos, por dar ocasión al delito, de acuerdo con la *l. si unus, párr. illud*, y *párr. pacta, ff. de pactis; y l. convenire, ff. de pactis dotalibus*, estableciéndolo con el mismo fundamento las Ordenanzas de Portugal, tít. 55, párr. ultimo). Pues aunque la l. 67 cit. de las Partidas parece indicar lo contrario, en cuanto incluye dicha cláusula al establecer la fórmula del instrumento de donación, Gregorio López y Gutiérrez (loc. cit.) proponen varias soluciones, para que, a pesar de dicha ley, pueda sostenerse, no obstante la opinión común, siempre que dicha cláusula no vaya confirmada por juramento.

11 Otro problema es el de si se podrá revocar por ingratitud la donación confirmada por juramento. Responderemos que, sin duda alguna, se podrá revocar cuando únicamente se haya confirmado por juramento la donación, sin expresar que no se podrá revocar por ingratitud. Ya que ha de considerarse implícita la condición establecida por el Derecho, de que el donatario no sea ingrato. Pues el juramento no excluye las condiciones tácitas que tenga de suyo o por disposición del Derecno la promesa o el acto sobre que recaigan. Mas si el donante ha expresado que no revocará la donación, ni siquiera por ingratitud del donatario, confirmándolo por juramento, es necesario afirmar que no podrá hacerlo, de acuerdo con Juan Andrés y ctros autores a quienes citan Gregorio López (l. 67 cit.) y Gutiérrez (capítulo 10 cit., núm. 6), digan lo que quieran en contrario Ribera y otros. La razón es evidente. Ya que el donante no peca aunque no revoque la donación por ingratitud, del mismo modo que no se peca pagando intereses usurarios o pagando la cantidad prometida a un asesino para que no cometa un crimen, como es de suyo evidente, y se deduce

claramente de la *l. últ., C., de revoc. donat.*, y del *cap. último de donat.;* ahora bien: el juramento que se pueda cumplir sin pecar, ha de ejecutarse bajo pecado mortal, sin que lo impida que la persona favorecida tenga ocasión de ruina espiritual, como ocurre con el usurero que retenga las usuras y con el asesino que no restituya la cantidad cobrada: luego en el caso que tratamos sería ilícito revocar la donación por ingratitud del donatario. Confírmase por el *capítulo quemadmodum, párr. illud, de iureiur.*, donde se establece que si el marido prometiere bajo juramento a su esposa no acusarla aunque cometiere adulterio, no podrá después hacerlo para separarse de ella, pues no constituyendo pecado el dejar de acusarla, está obligado a ello por su juramento; existiendo la misma razón en el caso que tratamos. Obsérvese, no obstante, que como quiera que el donatario se hace indigno por su ingratitud de que se le cumpla el juramento, creo yo que las potestades, no sólo eclesiásticas, sino también seglares (de acuerdo con lo dicho en la disputación 149), podrán, en castigo a su ingratitud, relajar el juramento del donante; y una vez lograda esta relajación, podrá el donante lícitamente accionar para que se revoque la donación, diga lo que quiera en contrario Gutiérrez (número 6 cit.).

Ha de observarse que la donación causal no puede re- 12
vocarse por ingratitud del donatario, ya que no tiene propiamente el carácter de donación, sino más bien el de recompensa, según la *l. Attilius Regulus ff. de donat.* Así lo afirma la glosa a la l. últ., verb. *inveniatur, C., de revoc. donat.*, el Panormitano (*cap. de donat., núm.* 11), Julio Claro (*párrafo donat.*, q. 21, núm. 4), Gama (Decis. 163, núm. 3), y Gregorio López (glosa a la l. 10, tít. 4 de la Partida V), y otros a quienes ellos citan; deduciéndose de la *l. si pater, párrafo últ.*, y de la glosa correspondiente, verb. *irrevocabilis. ff. de donat.* No obstante, Arias Pinelo (*l.* 1, *C., de bonis maternis*, part. 3, núm. 62, corol. 14) cree que esto no tendrá lugar en las donaciones remuneratorias, que si bien

está bien que se hagan, son de suyo liberales; así cuando se haya prometido a un sirviente un cierto salario, y después se le remunera por haberse comportado recta y activamente, o cuando el Soberano remunera los servicios prestados, que aunque le esté bien el hacerlo, no estaría obligado a ello. Y su sentencia nos satisface.

13 Por la misma razón no se puede revocar la dote dada al marido por la ingratitud de la esposa, como consta en la *l. si dotem, C., de iure dotium*. Está de acuerdo la *l. últ., C., de dotis promiss.*, cuando dice: "Tal liberalidad ha de ser verdadera e irrevocable", y la *l. si pater pro filia, ff de colat. dotis*. Así lo afirman Gutiérrez (l. 10 cit., núm. 4), Gama (Decis. 163, núm. 3), Gregorio López (l. 10 cit.) y otros autores a quienes ellos citan. Lo mismo cree Gregorio López por relación a la hija cuando sea su padre quien la dote, por cuanto esté obligado a hacerlo, sin que se trate de un acto de liberalidad, sino de una deuda; pero no cuando se trate de un extraño. Pues si bien reconoce que tampoco éste podrá repetir la dote al marido por ingratitud de la mujer dotada, como consta en la *l. si dotem, C., de iure dotium*, opina Gregorio López que se podrá reclamar a la esposa, una vez disuelto el matrimonio. Mas yo creo que esto es falso, sobre todo si a la mujer le han quedado descendientes del matrimonio, ya que por razón de la prole se causaría un perjuicio al marido, por relación al cual la dote no tenía el carácter de donación, sino de contrato oneroso, conforme dijimos en la disp. 179. Y creo que es totalmente falsa la opinión de Gregorio López, debiéndose absolutamente afirmar, con los demás doctores citados, que ni aun a la mujer se podrá reclamar la dote por ingratitud, por cuanto se le entregó por causa onerosa, y si se pudiera repetir tal vez no hubiera querido aceptarla el marido; sobre todo, considerando que éste puede esperar que si no tiene hijos podrá llegar a ser heredero de la esposa, por testamento o abintestato, si la mujer no dejase consanguíneos dentro del décimo grado. Y por las mismas razones creo que se deberá afirmar lo mismo en cuanto a la donación nupcial hecha al varón, que tenga análogamente el carácter de contrato oneroso por relación a la esposa, a las cuales se refiere también la *l. últ., C., de dotis promis.*

Respecto a si podrá o no revocarse la colación de un 14
beneficio eclesiástico por ingratitud del beneficiado hacia el que le confiera dicha colación, en cualquiera de los modos explicados, lo niegan comúnmente los doctores, y, entre ellos, con Andrés, el Panormitano (*cap. últ. de donat.*, núm. 9), Julio Claro (q. 22 cit., núm. 6), etc. Ya que la colación no es una verdadera donación, sino la ejecución de una verdadera obligación, aunque en el hecho de conferírsela a éste y no a aquél exista cierta liberalidad.

De la revocación de la libertad donada, por ingratitud del liberto, hemos tratado ya en la disputación 228.



DISPUTACION CCLXXXII

DE LA REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES POR NACIMIENTO SUBSIGUIENTE DE HIJOS DEL DONANTE

Sumario:

1.—Cuando una persona que no tenga hijos haga una donación, si después llega a tenerlos, queda revocada por el mismo Derecho la donación.

2.—Explicación de la *l. si unquam*, respecto a la donación hecha a un extraño.

3.—La revocación de la donación por nacimiento subsiguiente de hijos tiene vigor no solamente por presunta condición del donante, sino también por ordenamiento expreso de la ley positiva.

4.—Cuando la donación hecha a un extraño se revoca por nacimiento subsiguiente de hijos, queda anulada, debiendo restituirse todo lo donado.

5.—De la cuantía de la donación, para que se revoque por nacimiento subsiguiente de hijos.

6.—De si será o no válida la donación hecha por un padre que supiera la existencia de sus hijos, pudiendo ser o no totalmente revocada mientras viva.

7.—*Quid* cuando la donación a que se refiere la *l. si umquam* vaya confirmada por juramento.

8.—*Quid* si después de hecha la donación a que se refiere la *l. si umquam* nacieren hijos del donante, pero murieren todavía en vida de éste.

9.—*Quid* si análogamente, en el supuesto de la *l. si umquam*, naciere un hijo espúreo o natural, que fuese legitimado por el Soberano.

10.—*Quid* si la donación de que tratamos se hiciere a una Iglesia, naciendo posteriormente hijos.

11.—De si la donación remuneratoria o causal se revoca en su totalidad por el nacimiento subsiguiente de hijos o, al menos, en cuanto a las legítimas de éstos.

1 Cuando una persona que no tenga hijos haga una donación, si posteriormente llegare a tenerlos, por el mismo Derecho se revoca la donación, que queda nula. Así lo establece la *l. si umquam, C., de revoc. donat.*, y la l. 8, tít. 4 de la Partida V. Así lo afirman también Juan Andrés y el Panormitano (*cap. últ., de donat.*, núm. 5) y la opinión común de los autores, citada y seguida por Covarrubias (*Var. Resol.*, cap. 19), Antonio Gómez (*Var. Resol.* II, cap. 4, núm. 11), Julio Claro (*párr. donat.*, q. 22), Gregorio López (l. 8 cit.) y Gutiérrez (*De iuram. confirm.*, parte 1, cap. 9, núm. 1).

2 Aunque la *l. si umquam* cit. sólo se refiere a la donación hecha a un liberto, sus glosas afirman que lo mismo ocurrirá cuando la donación se haya hecho a cualquier otro extraño, esto es, a cualquier persona que no sea hijo o descendiente del donante; en lo cual consienten comúnmente los autores, estableciéndolo la l. 8 cit. de las Partidas. La razón es que ha de presumirse que el donante no previó que podría tener hijos, y que, si lo hubiera previsto, o no hubiera donado, o lo hubiera hecho bajo la condición de no llegar a tener hijos, pues nadie puede presumirse que prefiera los extraños a su posteridad, con arreglo a la *l. cum avus. ff. de conditionibus et de monst.*; *l. cum acutissimi, C., de fideicem.*; *l. generaliter, párr. cum autem, C., de instit. et substit.*, con otros textos legales. Además, en las concesiones y disposiciones no se juzga comprendido lo que hubiera exceptuado el concedente o disponente si se le hubiera interrogado en particular, según la *reg. in generali, de reg. iuris, lib. VI*, de acuerdo con la *l. tale pactum, párr. últ*, *ff.*

de pactis, como observa su última glosa y comúnmente los doctores. Por lo que en el caso de que tratamos ha de presumirse la condición tácita de que no nazcan posteriormente hijos.

Obsérvese que la revocación de la donación por este capítulo no sólo tiene lugar por dicha presunta condición, sino 3
también por el ordenamiento de la ley positiva, que lo establece en todo caso, ya por presumirse dicha condición, ya también en beneficio de los hijos, como rectamente observa Covarrubias (*Epítome*, part. 2, cap. 6, párr. 8, número 17, vers. últ.). Sobre todo, teniendo en cuenta que tal donación es inoficiosa respecto a los hijos, es decir, que al hacerla el donante no cumplía su oficio de padre, privando a sus hijos de la parte legítima en que por prescripción del Derecho debían sucederle, quisiera o no quisiera. Y como quiera que dicha ley no es penal ni se basa únicamente en una presunción, teniendo principalmente vigor por la disposición del legislador, que así lo ha establecido para bien de los hijos y común de la República, afirma con razón Covarrubias (núm. 17 cit.) que tendrá fuerza de obligar en el fuero de la conciencia, por el mismo Derecho y sin esperar sentencia alguna, una vez que nazcan los hijos del donante (1).

Cuando la donación hecha a un extraño se revoca por 4
nacimiento subsiguiente de hijos del donante, queda totalmente anulada, debiendo restituirse todo lo donado. Así lo establece la *l. si umquam, C., de revoc. donat.*, al decir: "Todo lo donado deberá revertir al mismo donante, permaneciendo en su patrimonio". Lo mismo dispone la l. 8, tí-

(1) La cuestión tiene alguna importancia en el Código civil, pues éste enumera, en su artículo 648, una serie de casos en que puede tener lugar la revocación por ingratitud. El texto del artículo indica un criterio decididamente restrictivo, confirmando el carácter penal que atribuye MOLINA a esta institución. Pero creemos desde luego que la palabra "delitos" del número 1.° deberá interpretarse en sentido lato, y no en sentido estricto jurídico penal.

tulo 4 de la Partida V, al afirmar: "E no deve valer en ninguna manera", sosteniendo lo mismo Gregorio López (ibíd.), y siguiendo a Bártolo (*l. Titia, párr. Imperator, ff. de legat.*, 2) y al Panormitano (*cap. últ., de donat., núm.* 9), la opinión común, citada y seguida por Covarrubias (*Var. Resol.*, I, cap. 19, núm. 1 y 12), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 11), Julio Claro (q. 22 cit.) y Gutiérrez (cap. 9 cit., núm. 1).

5 Plantéase la duda de la cuantía que debe tener la donación para quedar totalmente revocada por el nacimiento subsiguiente de hijos. Afirmaremos, en primer lugar, que las donaciones exigidas por la recta razón según el estado y patrimonio del donante, así como por la administración de los bienes, no son inoficiosas, ni hay por qué computarlas en el tercio de libre disposición en Portugal, o en el quinto en Castilla, aunque se tengan hijos; sino que se incluyen entre los gastos ordinarios y en la administración de los bienes, por lo cual no se revocan aunque surjan posteriormente hijos. Obsérvese que de este modo se podrá donar mayor cantidad haciéndolo a varias personas y en el transcurso del tiempo, que de una sola vez.

Por tanto, sólo trataremos del exceso sobre este tipo de donaciones, y de cuándo ha de considerarse revocado. La l. 8 cit. de las Partidas dice que debe considerarse revocada la donación cuando sea de todos los bienes o de una gran parte de ellos. Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, número 11), cree que debe comprender la mayoría de los bienes. Baldo y otros autores, a quienes cita Covarrubias (*Var. Resol.*, I, cap. 19), núm. 12), afirmaron la necesidad de que comprendiera al menos la mitad del patrimonio. Bártolo, por el contrario (*párr. Imperator cit.*), creyó que bastaría la donación de una cosa cualquiera, sin que constituyera una gran parte de los bienes.

La opinión más común, citada y seguida por Covarrubias (núm. 13 cit.), Gregorio López (l. 8 cit.) y Julio Claro (q. 22 cit., núm. últ.), afirma, hasta cierto punto de

acuerdo con la opinión de Bártolo, que basta la donación de una parte importante de los bienes del donante, aunque no llegue a la mitad de su patrimonio. Lo cual se confirma claramente por la *l. si umquam, C., de revoc. donat.*, al decir: "Todos los bienes, o una parte de sus riquezas, de que se haya desprendido por donación". Lo cual no es refutado por la l. cit. de las Partidas, ya que al hablarse de una gran parte de los bienes del donante, se comprenden porciones inferiores a la mitad del patrimonio, con tal de que sean notables.

Algunos, a quienes cita Gregorio López, afirmaron que tal donación debería comprender al menos la cuarta parte de los bienes del donante. Pero Gregorio López y Julio Claro (loc. cit.) afirman, con discurso mejor, que el arbitrio judicial deberá decidirlo, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, debiendo resolver si el donante hubiera o no donado tal cantidad, de prever los hijos futuros.

Yo creo que si la donación fuera inoficiosa por respecto a los hijos, por exceder en Portugal del tercio de libre disposición, y en este Reino de Castilla del quinto, deberá revocarse totalmente la donación. Mas cuando no sea inoficiosa, por no exceder en Portugal del tercio, etc., deberá encomendarse el caso al arbitrio judicial. Y así creo que si excediere del quinto en Portugal, deberá revocarse lo mismo que en Castilla, aunque en Portugal no sería inoficiosa (1).

Como quiera que la *l. si umquam, C., de revoc. donat.* se basa en la presunción de que si el donante hubiera previsto la existencia de hijos, hubiera donado bajo la condición tácita de que tratamos, deduce la opinión común de los autores, citada y seguida por Gregorio López (l. 8 cit.), Julio Claro (q. 22 cit.) y Gutiérrez (cap. 9, núm. 3 y sig.), 6

(1) Esta revocación, a pesar de las críticas de modernos autores, está plenamente justificada. La razón que dan COVARRUBIAS y MOLINA es óptima: el bien de los hijos y común de la República.

que cuando conste claramente que el padre ha donado con dicha previsión, será válida la donación, sin que se pueda después revocar mientras viva el donante, de acuerdo con la l. 8 cit. Y siguiendo a Bártolo (*l. Titia, párr. Imperator, ff. de leg.*, 2), citado también por Antonio Gómez (número 1 cit.), creen que esto será especialmente evidente cuando el donante haya renunciado expresamente a la *l. si umquam cit.*

Otros autores, citados por los mismos, afirman lo contrario, basándose en que, según ellos, la *l. si umquam* se dió en favor de los hijos, y en que el donante, aunque hubiera podido renunciar a su propio beneficio, no, en cambio, al de sus hijos. A mí me satisface la opinión de Bártolo, que es la común, con tal que se entienda (como afirman Gregorio López y Gutiérrez contra Bernardo Díaz, Obispo de Calahorra), en el sentido de que, aunque no será nula de pleno Derecho, ni se podrá revocar durante la vida del padre, sí se podrá revocar a la muerte de éste, por los hijos, en cuanto haya sido inoficiosa, es decir, lesiva para sus legítimas. En efecto, este privilegio de los hijos, de que trataremos en la disputación siguiente, siempre ha de quedar a salvo, sin que el padre pueda renunciar a él, ni perjudicarle en modo alguno; pues mientras no tenga hijos, podrá donar libremente del mismo modo que si los hubiera tenido; mas es así que la donación de un padre que tenga hijos es válida, aunque sea de gran volumen e inoficiosa para sus hijos, pudiendo únicamente revocarse a la muerte del padre en cuanto haya resultado inoficiosa, como veremos en la disp. siguiente. Como afirma rectamente Gregorio López (loc. cit.), no obstante, si los hijos carecieran de alimentos durante la vida del padre que hubiera realizado tal donación inoficiosa, podrá ser obligado el donatario a prestárselos o a restituir lo donado, en cuanto perjudique a las legítimas de los hijos.

7 Plantéase la duda de si la donación a que se refiere la *l. si umquam* será válida e irrevocable cuando vaya con-

firmada por juramento del donante. Afirmaremos, en primer lugar, que si lo que se confirma por juramento es la propia donación, si después nacieren hijos, será totalmente nula de pleno derecho, lo mismo que si no se hubiera confirmado por juramento. Pruébase, porque, como dijimos en la disputación anterior, el juramento ha de entenderse conforme a la naturaleza de la promesa o del acto sobre que recae, no pudiendo excluir las condiciones tácitas que incluiría de suyo o por disposición del Derecho, si prescindiéramos del juramento. Así lo afirma Bártolo (*párrafo Imperator cit.*) y la opinión común de los autores, citada y seguida por Julio Claro (*párr. donat.*, q. 23, núm 1), Antonio Gómez (núm. 11 cit.), Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, part. 1, párr. 4, núm. 3) y Gutiérrez (cap. 9 cit., números 8, 9 y 10).

Afirmaremos, en segundo lugar, que si el donante ha renunciado a la *l. si umquam*, confirmando su renuncia por juramento, o si al donar simplemente y confirmar la donación por juramento tuvo la intención de no revocarla, aunque llegara a tener hijos, será válida la condición, en el sentido de no ser nula de pleno derecho, no pudiendo revocarse mientras viva, lo mismo que dijimos en el caso de la renuncia expresa, pero sin juramento, a la *l. si umquam*. No obstante, los hijos podrán, sin que lo impida el juramento paterno, accionar contra la donación, en virtud de la querella de donación inoficiosa, en cuanto resulte lesiva para sus legítimas. Y yo creo que si el padre ha hecho una promesa inoficiosa bajo juramento, no estará obligado a cumplirla, a pesar del mismo juramento, en cuanto sea inoficiosa respecto a las legítimas de los hijos; en lo cual consiente Gutiérrez (núm. 10 cit.).

Pruébase nuestra primera afirmación, porque todo ello, tiene lugar aunque no se haya reforzado por juramento, como dijimos poco antes; luego con mucha mayor razón, si va con tal refuerzo. Además, en todo ello no existe pecado; luego si se confirma por juramento, tendrá vigor por

la virtud de éste, estando obligado el donante en conciencia y en el fuero externo.

La segunda tesis se prueba porque el derecho a ejercitar la querella de donación inoficiosa y a revocar la donación en cuanto sea lesiva para las legítimas de los hijos, es un derecho propio de éstos; luego el padre no puede perjudicarle en modo alguno con su juramento, pudiendo los hijos ejercitar dicha querella y revocar la donación, lo mismo que si no hubiera intervenido el juramento paterno.

La tercera afirmación se comprueba, por cuanto el padre obra mal al hacer una promesa inoficiosa, transgrediendo un derecho, lo cual no puede hacer, al disminuir las legítimas de los hijos por donación o acto de última voluntad; luego aunque se haya obligado a cumplirlo por juramento, no estará obligado a hacerlo en perjuicio de los hijos, no siendo el juramento un vínculo de iniquidad que pueda obligar a lo que es malo y está prohibido al padre.

8 Otro problema es el de si cuando, después de una donación, en el caso previsto por la *l. si umquam, C., de revoc. donat.*, nacieren hijos del donante, pero éstos murieren todos en vida del padre, revivirá o no la donación después de extinguida y anulada de pleno derecho. Bártolo (*l. Titia, párr. Imperator, ff. de leg.* 2), y varios otros negaron su reviviscencia. Mas lo contrario afirma la opinión común, citada y seguida por Julio Claro (q. 23 cit., número 9) y Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 12).

Yo creo que si después del nacimiento y muerte de los hijos, el donante permite al donatario disfrutar los bienes en cuestión, sin reclamárselos, revivirá la donación en virtud de la voluntad presunta del donante, que por lo mismo se estimará que no quiere revocar la donación, sino más bien confirmarla. Y no otra cosa pretenden Julio Claro y Antonio Gómez (loc. cit.). De modo que en tal caso los herederos del donante no podrán después de su muerte repetir tales bienes al donatario.

Mas si el donante no ha permitido a ciencia y pruden-

cia que el donatario disfrutase tales bienes, ni aun después de la muerte de sus hijos, o si los repitió o se preparaba para repetirlos, no teniendo tiempo para ello después de muertos sus hijos, no revivirá la donación, sino que el donante podrá reclamar dichos bienes, o después de su muerte lo podrán hacer sus herederos. La razón es que, como establece la *l. si umquam cit.*, por lo mismo que nacen los hijos, "todo lo que se hubiera donado revertirá al donante y permanecerá en su patrimonio"; luego, si por el mismo Derecho los bienes pertenecen y revierten al donante, no podrán pasar de nuevo al donatario, a no ser en virtud de la voluntad presunta o expresa del donante y, por tanto, en virtud de un nuevo título y derecho. Y esto es lo que verdaderamente opinan Julio Claro y Antonio Gómez (loc. cit.), de acuerdo, por tanto, con la opinión de Bártolo. Y la opinión de éste es la más cierta en cuanto al rigor y propiedad de los términos; ya que entonces no revive la donación por muerte de los hijos, sino que tácitamente vuelven a ser donados los bienes; en cuyo caso no niega Bártolo la validez de la segunda donación tácita o presunta.

9 Otro problema es el de si cuando, después de la donación a que se refiere la *l. si umquam, C., de revoc. donat.*, naciere algún hijo espúreo o natural, siendo legitimado por el Soberano, quedará o no revocada la donación precedente. Julio Claro (*Sentencias, lib. IV, párr. donat.*, q. 23, número 66) cree que se revocará cuando un hijo natural sea legitimado por rescripto del Príncipe, citando a Juan Andrés (*Aditiones ad Speculatorem*), refiriendo según varios autores que es la opinión común; y lo mismo creyó Ribera (*l. si umquam*). En cambio, opina lo contrario si el hijo hubiere nacido antes de la donación, siendo legitimado posteriormente, pues entonces no se revoca la donación.

Afirman lo contrario en el primer caso Tiraquello, Saliceto y otros, a quienes cita y sigue Gregorio López (l. 8 citada), estando de acuerdo con ellos Alvaro Velasco, con-

sult. 94, núm. 6). Y esta opinión está apoyada expresamente por la l. 8 cit. de las Partidas, al decir "que si después huviese hijo o hija de su mujer legítima, con que casase después, que luego que lo ha, es revocada por ende la donación, e no deve valer en ninguna manera"; de donde se deduce que se excluyen todos los hijos nacidos fuera de matrimonio legítimo. Y es totalmente falso lo que afirma Julio Claro, que su tesis sea la opinión común, sin que haya tampoco texto ninguno ni argumento que persuadan a ello. Por lo que, aunque por Derecho portugués el hijo natural de un plebeyo suceda en los bienes paternos igual que los hijos legítimos, según vimos en la disp. 116, cree Alvaro Velasco (consult. cit.) que las donaciones del padre no se revocarán por el nacimiento del tal hijo. Ya que los beneficios concedidos a estos hijos no han de extenderse más allá de lo expresamente establecido por el Derecho; lo cual tiene especial aplicación en el caso de la *l. si umquam*, sobre todo teniendo en cuenta que no hay por qué presumir que el padre donase bajo la condición tácita de no tener hijos naturales, y que la *l. si umquam* se refiere únicamente a los hijos legítimos. De aquí que no se pruebe suficientemente la afirmación de Gregorio López, que el hijo natural anula la donación hecha a la madre antes de su nacimiento, basándose en la *l. si umquam*, y en que al nacer dicho hijo natural de una cohabitación no especialmente perversa con mujer no ilustre, pueda decirse que se trata de donación inoficiosa.

Ha de añadirse que el nacimiento de tal hijo, si se legitimare por subsiguiente matrimonio, anulará la donación efectuada antes del nacimiento y de la legitimación, ya que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio se tienen por legítimos, equiparándose a todos los efectos con los nacidos de matrimonio legítimo. Y aunque las palabras de la l. 8 cit. a primera vista parecen indicar lo contrario, debe creerse que no fué tal la intención del legislador, sobre todo considerando que tales hijos han de considerarse nacidos de

esposa legítima, ya que después de la donación se contrajo matrimonio con ella, aunque no hayan nacido después de contraído el matrimonio, sino antes.

Otra cuestión es si la donación (siempre en el supuesto 10
de la *l. si umquam, C., de revoc. donat.*) hecha a una iglesia, queda revocada en su totalidad por el nacimiento subsiguiente de hijos del donante. Afirmaremos con Bártolo (*l. Titia, párr. Imperator, ff. de leg.*, 2), el Panormitano (*cap. últ. de donat.*, núm. 5) y la opinión común, citada y seguida por Julio Claro (*párr. donat.*, q. 23, núm. 2), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4), Gama (Decis. 240) y Covarrubias (*Var. Resol.*, I, cap. 19, núm. 5 y sig.), que no se revoca totalmente, sino únicamente en cuanto a las legítimas de los hijos posteriormente nacidos, de tal modo que no sea inoficiosa con respecto a ellos: según lo que diremos en la disputación siguiente, cuando se hace una donación a un hijo, naciendo posteriormente otros respecto de los cuales sea inoficiosa; pues entonces también se revoca la donación, no totalmente, sino en cuanto a las legítimas de los hijos. La razón de que la donación hecha a una iglesia no se revoque totalmente es que la Iglesia se equipara a un hijo a los efectos jurídicos, y, por tanto, la donación que se le haga no es más revocable que la hecha a un hijo. Además, no debe creerse que nadie haya donado a una iglesia bajo la condición tácita o presunta de que no nacieran posteriormente hijos, en el sentido de que si los hubiere debiera revocarse totalmente la donación. Finalmente, siempre debemos inclinarnos en favor de las causas pías.

Se confirma por las palabras de San Agustín (cap. últ.. 11
XVII, q. 4; tomado del sermón *De vita clericorum*, 52, *ad fratres in eremo*, vol. X): "Cualquiera—dice—que pretenda desheredar a su hijo para nombrar heredero a la Iglesia, busque a otro que se lo acepte, pero no a Agustín. Y, con la ayuda de Dios, no encontrará a nadie. Es muy laudable el hecho de San Aurelio, Obispo de Cartago. Una persona que no tenía hijos ni los esperaba, donó todas sus cosas a la Iglesia,

reservándose el usufructo. Tuvo después los hijos que no esperaba; y el Obispo le devolvió lo donado. Hubiera podido no hacerlo, mas por Derecho civil, y no por Derecho equitativo". Lo cual ha de entenderse en el sentido de que por Derecho civil no estaría obligado a devolver más que las legítimas, según dijimos poco antes de acuerdo con Bártolo y otros; pues nadie hay que dude que las legítimas han de devolverse en el fuero externo, de acuerdo con la *l. sit oras, C., de ino. donat.*, como veremos en la disputación siguiente. Al añadir que no estaría obligado por Derecho equitativo, no quiso indicar la existencia de una obligación en justicia o bajo pecado mortal en el fuero de la conciencia, de devolver dicho incremento, sino solamente por cierta equidad moral, por ser más grato a Dios y ceder en edificación del pueblo, como exponen la glosa correspondiente, el Panormitano, Covarrubias, etc. Por lo que dice San Agustín en el mismo sermón que aquel hecho dió lugar a muchas alabanzas de Dios por todos los que lo vieron. Y, ciertamente, tratándose de una donación de todos los bienes, como era aquélla, la recta razón y la equidad reclamaban que los ministros de la Iglesia la devolvieran, no sólo en cuanto a las legítimas, sino en su totalidad, para que el donante pudiera testar libremente de algunos bienes, enriqueciendo a sus hijos con su patrimonio.

Lo dicho respecto a la donación hecha a una iglesia ha de entenderse análogamente respecto a la donación en favor de cualquier otra obra pía. Antonio Gómez quiere también extenderlo (núm. 11 cit.) a la donación hecha a los ascendientes; mas yo no me atrevería a hacer tal extensión.

11 El último problema que cabe plantear es el de la donación remuneratoria o por cualquier otra causa, sobre si será o no revocable en su totalidad, de acuerdo con la *l. si umquam,* o al menos en cuanto a las legítimas de los hijos, por el nacimiento subsiguiente de hijos del donante. Distinguen óptimamente Gregorio López (ad: l. 9, tít. 4 de la Partida V) y Gutiérrez (cap. 9 cit., núm. 7), con Tiraquello y la mayo-

ría de los autores que citan, el caso de que la donación no sea meramente liberal por relación al donante; por tener una causa en virtud de la cual esté obligado a hacerlo, por gratitud hacia él u otra causa semejante, en cuyo caso la donación no será revocable en todo ni en parte. En lo cual consienten Julio Claro (q. 23 cit., núm. 3) y la opinión común, citada por él. La razón es que, tratándose de una deuda, siendo adecuado a la recta administración de los bienes el pagarla, tenga o no tenga hijos el donante, no estaría obligado el donante, aunque los tuviera, a incluirla en el tercio de libre disposición en Portugal, ni en el quinto en Castilla.

Por el contrario, si la donación fuere liberal de parte del donante, por no haber causa alguna en virtud de la cual estuviera obligado a hacerla, aunque haya alguna causa de parte del donatario, quedará revocada la donación, al menos en cuanto a las legítimas de los hijos. Así, si se hiciere una dote en favor de una extraña, naciendo posteriormente hijos al donante, aunque dicha donación tiene una causa onerosa por relación al marido de la mujer dotada, como quiera que el donante no estaba obligado en virtud de deuda alguna a constituir dicha dote, sino que lo hizo por mera liberalidad, quedará revocada dicha donación al menos en cuanto sea inoficiosa respecto a sus propios hijos. Lo cual se confirma por cuanto si una persona dota a su hija, si dicha dote es inoficiosa respecto a otros hijos nacidos ya entonces o posteriormente, queda revocada la dote en cuanto sea inoficiosa, como hemos dicho ya anteriormente en materia de partición de bienes; y ello a pesar de la obligación que tiene el padre de dotar a su hija, y aunque la dote es una donación con causa onerosa por relación al yerno. Luego con mucha mayor razón se revocará la donación dada a una extraña, no pudiendo el padre hacer por mera liberalidad tal donación en perjuicio de sus hijos.

He dicho que esta donación de dote quedará revocada al menos en cuanto resulte inoficiosa respecto de los propios hijos; ya que, teniendo causa onerosa respecto al marido, el

exceso no se revocará, debiendo el padre computarlo en el tercio o quinto de libre disposición, según tratemos de Portugal o de Castilla. A no ser que en este Reino de Castilla la dote se haya constituído en favor de una nieta, pues entonces, aunque el abuelo llegue a tener otros hijos, se entenderá que mejora dicha nieta en el tercio y quinto de los bienes, respecto al exceso sobre las legítimas de los hijos.



DISPUTACION CCLXXXIII

DE LA REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES HECHAS A UNO DE LOS HIJOS, CUANDO NAZCAN OTROS DESPUÉS. Y DE LA HECHA A UN EXTRAÑO POR UNA PERSONA QUE TENGA HIJOS. Y SI PUEDE SER INOFICIOSA LA DONACIÓN HECHA A LOS ASCENDIENTES

Sumario:

1.—Cuando una persona que tenga hijos, haga a uno o varios de ellos alguna donación que disminuya las legítimas de los que nazcan después de dichas donaciones, éstas quedan revocadas en cuanto sean inoficiosas.
2.—Análogamente ocurre aunque el padre haya confirmado por juramento la donación, o se haya obligado bajo juramento a no revocarla.
3.—De si cuando un padre que tenga un hijo único y le haga una importante donación, teniendo posteriormente otros hijos, quedará o no revocada la donación en el Reino de Castilla, en lo tocante a las legítimas de éstos, con excepción del tercio y quinto.
4.—Opinión de algunos autores.
5.—Su refutación.
6 y 7.—Se refieren algunas otras opiniones.
8.—Opinión del autor.
9.—De si un padre que tenga un hijo único, y de éste dos únicos nietos, podrá absolutamente mejorar a uno de ellos en la cantidad que quiera dentro del tercio de los bienes.
10.—Se refuta la segunda opinión.
11.—*Quid* cuando se haga una donación excesiva a un ex-

traño, por una persona que tenga uno o varios hijos al tiempo de la donación.

12.—*Quid* cuando resulte que una donación hecha a un extraño es inoficiosa respecto a los hijos.

13.—La donación puede ser inoficiosa respecto a los ascendientes, lo mismo que respecto a los descendientes; y se revoca análogamente en cuanto a las legítimas de éstos, que cuando se trate de los padres por relación a los hijos, cuando éstos no tengan descendientes.

En la disputación anterior sólo hemos tratado de la revocación de la donación hecha por quien no tenga hijos, esté o no casado, cuando llegue a tenerlos posteriormente. Ahora vamos a tratar de las otras tres cuestiones propuestas en el título.

1 Por lo que toca al primer problema, cuando una persona que tenga hijos, done algo a uno o varios de ellos, disminuyendo las legítimas de otros hijos nacidos posteriormente a dichas donaciones, éstas quedan revocadas en cuanto resulten inoficiosas respecto a dichas legítimas, pero no en su totalidad. Así lo establece la *l. si totas, C., de inof. donat.*, de acuerdo con la l. 8, tít. 4 de la Partida V y la l. 3, tít 8, lib. V de la Nueva Recopilación. Y análogamente, si una persona que tuviere varios hijos, todos nacidos ya, donare a uno o varios de ellos algo en perjuicio de las legítimas de los demás, quedarán revocadas tales donaciones, en cuanto resultaren inoficiosas, como consta por la Auténtica *de inmensis donationibus;* la *l.* 1, 2 y 3, *C., de inof. donat.*, y las dos leyes citadas de Castilla, que hablan en general, así como las Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tít. 77, párr. 4 (1).

Todo lo cual es verdad igualmente, aunque tales donaciones inoficiosas se hicieran de intento, e incluso con ánimo de defraudar las legítimas de los demás hijos, como establece expresamente la *l. si liquet, C., de inof. donat.* Todo lo cual afirman Bártolo (*l. Titia, párr. Imperator, ff. de leg* 2), el Panormitano (*cap. últ. de donat.*, núm. 5) y la opinión común de los autores, citada y seguida por Covarrubias (*Var. Resol.*, cap. 19, núm. 1 y 12), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 11 y 13), Julio Claro (*párr. donat.*, q. 22, núm. 3, y q. 24, núm. 1 y 2), y Gutiérrez (*De iuram. confirm.*, part. 1, cap. 9, núm. 11). Manuel da Costa (*cap. si pater*, part. 3, verb. *privare non possit*, núm. 3 y sig.) reconoce que esta es la opinión común, mas distante de ella en parte; si bien posteriormente la abrazó en absoluto, movido por la Auténtica de *inme. donat.*, que es la ley más reciente, que establece la revocación de estas donaciones tan sólo en cuanto a las legítimas.

Todo lo dicho es aplicable aunque el padre haya confirmado por juramento su donación, o se haya obligado bajo juramento a no revocarla. Ya que, como dijimos en la disputación precedente, el padre no puede perjudicar las legítimas de sus hijos por su propio juramento. Además de que la donación inoficiosa es pecado, y el juramento no es un vínculo de iniquidad. Así lo afirman Julio Claro (q. 24 cit., núm. 3) y los doctores citados en la disputación anterior. Recuérdese, como dijimos también en la disputación precedente, que aquí no se incluyen las donaciones que el padre haga rectamente de acuerdo con su fortuna y su debida administración, sino únicamente de las que excedan de este nivel. 2

Plantéase la duda de si cuando un padre que tenga un único hijo, y le haga una importante donación, teniendo posteriormente otros hijos, quedará revocada la donación en este Reino de Castilla en cuanto a las legítimas de éstos, excepto el tercio y quinto, en los cuales se considera mejorado el primero, de acuerdo con la l. 26 de Toro, que hoy es la l. 10, tít. 6, lib. V de la Nueva Recopilación; o si, por el 3

(1) El Código civil habla en su artículo 644 de "toda donación". Creemos que algunas de las consideraciones que hace MOLINA serán sumamente útiles para la elegante aplicación de este artículo. Desde luego, hay que excluir las donaciones que él llama "de simple administración", o, en otros términos, las que no supongan merma del capital, sino únicamente inversión gratuita de la renta.

contrario, se revoca en cuanto a las legítimas, pero restando solamente el quinto, y no el tercio; o finalmente si no han de restar ni el tercio ni el quinto, sino que la totalidad del patrimonio del donante se ha de dividir en porciones iguales o viriles.

4 No faltaron quienes opinasen que ni aun el quinto de los bienes se ha de detraer, apoyándose en que probablemente si el padre hubiera previsto el nacimiento de otros hijos, nada hubiera donado, de acuerdo con la *l. si umquam, C., de revoc. donat.*, para guardar la equidad entre los hijos, según la *l. illud, C., de coll.* y otros textos legales.

5 Mas ésta es una opinión improbable y abiertamente opuesta a la *l. si totas, C., de inof. donat.*, que estableció que en tal caso sólo debería revocarse la donación en cuanto a las legítimas de los hijos, pero no en cuanto al resto, como dijimos poco antes. Y como quiera que el quinto de los bienes del donante no se incluye dentro de las legítimas en este Reino (como tampoco el tercio en Portugal), es notorio que estas partes han de restarse en los respectivos Reinos, considerándose mejorados en cuanto a ellas los hijos a quienes se hubiera hecho tal donación. Pues no ha lugar la presunción de que el padre nada hubiera donado si hubiera previsto el nacimiento de tales hijos. Ni tampoco hay por qué presumir que el padre haya querido observar una absoluta igualdad entre los hijos, sobre todo considerando que se ha hecho la donación al primogénito, que suele ser más amado que los demás, y al cual suelen preferir los padres en cuanto al patrimonio, para que la memoria de la familia se conserve en él principalmente.

6 Bernardo Díaz, obispo de Calahorra, citado y seguido por Gregorio López (l. 8, tít. 2 de la Partida V), cree que la donación debe revocarse en cuanto a las legítimas, restando únicamente el quinto, de modo que las legítimas de los hijos resulten de dividir el resto del patrimonio paterno en partes iguales, pero sin restar el tercio. Prescindiendo del razonamiento que ya hemos visto que se hace contra la detracción del tercio y quinto y que se refuta análogamente, la razón potísima que dan estos autores es la siguiente:

Según ellos, en este Reino todos los bienes se incluyen en la legítima de los descendientes, con excepción del quinto, pues sólo de éste puede disponer el padre a favor de extraños; de modo que, como quiera que al tiempo de la donación el padre no tenía ningún otro descendiente más que aquel hijo, todos los bienes menos dicho quinto constituían su legítima. Ni siquiera hubiera podido el padre imponer gravamen alguno a su hijo sobre dicho tercio, ya que, según la l. 26 de Toro (que es la l. 11, tít. 6, lib. V de la Nueva Recopilación), no se puede imponer gravamen alguno sobre dicho tercio, a no ser cuando se mejore en él a uno de los descendientes; y en el caso de que tratamos no había lugar a dicha mejora. Pues así como no puede haber elección si no se escoge a uno entre varios, prefiriéndole a los demás, como se puede probar con numerosos textos, así tampoco puede haber mejora sino cuando entre varios se prefiera a uno, de donde proviene el mismo término de *mejora*. Y como quiera que todo el patrrimonio del donante, excepto el quinto, era la legítima de aquel hijo a quien se hizo la donación, al nacer otros hijos deberá dividirse la totalidad en partes iguales, para constituir las legítimas de los hijos, revocándose, por tanto, hasta dicho límite la donación, sin que en modo alguno se pueda reservar el tercio. Y los autores en cuestión responden a la l. 26 de Toro (l. 10, tít. 6. libro V de la Nueva Recopilación), que establece que si uno de los padres donare algo a un descendiente, se entenderá que lo mejora por lo mismo en tercio y quinto, aunque no lo declare, al efecto de restar las legítimas de los demás descendientes; que sólo se refiere a los hijos o descendientes ya nacidos al tiempo de la donación, pero no en este caso, en que no hay más descendiente que aquel a quien se hace la donación, apoyándose en que en tal caso no ha lugar a la mejora en el tercio, como dan por probado.

7 Covarrubias (*Var. Resol.*, I, cap. 19, núm. 3), Gutiérrez (capítulo 9 cit., núm. 14 y sig.) y otros autores a quienes ellos citan reconocen que cuando no hubiera más que un descendiente a quien se haya hecho una donación excesiva, no se podrá admitir la mejora en el tercio, ni la imposición de gravámenes sobre este tercio, en virtud de los argumentos ya expuestos.

No obstante lo cual, afirman con razón Castillo (ad. l. 22 de Toro), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 11), Baeza y Palacios Rubios, que la donación de que tratamos sólo deberá revocarse en cuanto a las legítimas, pero restando del patrimonio del donante, no sólo el quinto, sinó también el tercio, si todo ello fuere necesario para conservar la integridad de la donación. La razón potísima es la disposición de la *l. si totas, C., de inof. donat.*, según la cual, tal donación sólo deberá revocarse en cuanto a las legítimas absolutamente debidas a los hijos posteriormente nacidos. Mas es así que en este reino nada les debe el padre del tercio y quinto, ya que, si no hubiera dispuesto de ellos ya en la primera donación, hubiera podido hacerlo libremente después, dando, por ejemplo, el quinto a un extraño y el tercio al primogénito o a cualquier otro de sus descendientes, aunque sea un nieto o biznieto, que no tienen derecho a legítima, de acuerdo con la l. 17 y 18 de Toro, que son las l. 1 y 2, título 6, lib. V de la Nueva Recopilación. De donde se deduce que tal donación sólo deberá revocarse en cuanto a las legítimas, restando el tercio y quinto, que corresponderán al hijo a quien se haya hecho la donación, si ésta alcanzase a tanto, además de su legítima; sin que los hijos nacidos posteriormente tengan derecho más que a una parte igual a la del primero, una vez restado del patrimonio paterno el tercio y el quinto.

8 Con mayor claridad, mas de acuerdo con la intención de estos autores, creo que podemos afirmar que un padre que tenga un descendiente único, si le dona o dispone en cualquier otra forma de sus bienes en su favor, pero de un modo absoluto, no ha lugar a mejora en el tercio, ni se le puede

imponer gravamen alguno sobre dicho tercio; ya que, como demuestra el razonamiento hecho anteriormente, mientras sólo tenga un único descendiente, todo su patrimonio, detrayendo únicamente el quinto, constituye la legítima de tal descendiente. Mas si dispusiere bajo la condición de que nazcan otros descendientes, podrá tener lugar la mejora en el tercio, y la imposición de gravamen sobre él, igualmente bajo condición del nacimiento de descendientes posteriores. Mas aunque la donación se haga pura, o la disposición con carácter irrevocable, aunque nazcan después otros descendientes, no podrá gravarse lo que una vez se hubiera concedido irrevocablemente, ya que la donación, una vez perfecta, no sufre condición ni gravamen, como vimos en la disputación 265.

De paso trataremos brevemente, siguiendo a Covarru- 9
bias (cap. 9 cit., núm. 4), la cuestión de si cuando un padre tiene un hijo único, y de él dos nietos únicamente, podrá absolutamente, esto es, sin condición alguna, mejorar al nieto que quisiere en el tercio de sus bienes. Y aunque algunos autores, citados por Covarrubias, opinaron lo contrario, creo que, de acuerdo con el mismo Covarrubias y los demás que cita, debe afirmarse el perfecto derecho a hacerlo así, por cuanto las leyes de Toro han autorizado al padre para mejorar a cualesquiera descendientes en el tercio de sus bienes, aunque sean de los que no tienen derecho a legítima en los bienes del mejorante. Por lo que yo afirmo que aunque un padre tuviera un hijo único, y de este hijo un solo nieto, si no hubiere ya dispuesto irrevocablemente de dicho tercio en favor del hijo, podrá mejorar en él al nieto, prefiriéndole al mismo hijo.

Al argumento en que se apoyan Bernardo Díaz y Grego- 10
rio López observaremos que si bien todo el patrimonio paterno es la legítima del primer hijo, mientras no tenga otros descendientes, no pudiendo entonces el padre imponer de un modo absoluto gravamen alguno sobre dicho tercio, y mejorar absolutamente al mismo hijo, sí podrá hacer ambas cosas bajo la condición de que nazca otro descendiente, como

dijimos ya. Y la l. 27 de Toro (que es la l. 10, tít. 6, lib. V de la Nueva Recopilación), establece que por lo mismo que se haya hecho una donación excesiva a un hijo que sea descendiente único, se entenderá que lo mejora en tercio y quinto, del modo más amplio posible, y, por tanto, bajo la condición de que naciera otro descendiente, aunque no se haya expresado, como establece la misma ley.

En cambio, la interpretación de la ley que ellos proponen es muy violenta. Ya porque la ley habla en términos generales. Ya también porque ésta tiene análogamente vigor por relación a los herederos nacidos después de la donación, y de los que hayan nacido anteriormente a ésta y vivan al tiempo de ello. Ya, finalmente, porque el fundamento que tienen para su interpretación es falso. Pues debe negarse la consecuencia de que, por el hecho de que antes de nacer otros descendientes, todo el patrimonio, menos el quinto, constituyera la legítima del hijo único, se deduzca que al nacer otros hermanos se les deban legítimas a partes iguales de la totalidad del patrimonio, siendo antes bien verdad lo contrario, como hemos demostrado. Y baste lo dicho sobre la primera de las cuestiones propuestas en el título de esta disputación (1).

11 Por lo que toca a la segunda cuestión, es decir, al caso de la donación excesiva hecha a un extraño por una persona que tuviera uno o varios hijos al tiempo de la donación. Si tal donación es sólo materialmente inoficiosa, en el sentido de que, si bien disminuye las legítimas de los hijos, no ha sido hecha con ánimo de defraudarlas o disminuirlas, quedará revocada únicamente hasta la cuantía de las mismas, perteneciendo el resto al donatario. Así se deduce de la *l. 1 y última., C., de inof. donat.*, y la l. 8, tít. 4 de la Partida V;

(1) El artículo 644 del Código civil se refiere exclusivamente a las donaciones hechas "por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos", pero el artículo 636 previene que "ninguno podrá dar ni recibir por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento". De todos modos, creemos que la donación hecha por un padre a su hijo no será revocada por el nacimiento posterior de otros hermanos del primero, pues el artículo 636 no dispone otra cosa, si bien se interpreta.

y todo lo que dijimos sobre las donaciones inoficiosas hechas a uno de los hijos tendrá lugar con mucha mayor razón en las donaciones inoficiosas hechas a un extraño, en el sentido de que haya de revocarse en cuanto sea inoficiosa; en lo cual están de acuerdo Bártolo (*párr. Imperator cit.*), el Panormitano (*cap. últ. de donat.*, núm. 5) y la opinión común, citada y seguida por Covarrubias (*Var. Resol.*, I, cap. 19, número 12), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 13) y Julio Claro (q. 24 cit., núm. 2). Lo cual es cierto, aunque el padre que haya hecho la donación la confirme por juramento, por lo mismo que dijimos al tratar de la donación inoficiosa hecha a uno de los hijos.

Toda acción para revocar las donaciones inoficiosas dura únicamente cinco años, como consta por la *l. últ.* y su glosa penúltima, *C., de inof. donat.* Manuel da Costa (*cap. si pater, part.* 3, *verb. privare non possit.*, núm. 8) observa que después de promulgada la Auténtica de *inmen. donat.*, existirá, además, una acción personal, que dura treinta años, de acuerdo con la *l. sicut in rem, C., de praescript. trig. aut quadr. annor.*

Si la donación hecha a un extraño fuese inoficiosa, no sólo material, sino también intencionadamente, existe una gran controversia entre los autores. La *glosa magna* a la *l.* 1, *C., de inof. donat.*, cita la opinión de Azón y otros, que afirman que deberá revocarse únicamente en cuanto a las legítimas de los hijos. Y esta tesis parece ser la aceptada por las Partidas (l. 8, tít. 4 de la Partida V), como afirma Gregorio López en la glosa correspondiente, estando de acuerdo Manuel da Costa (loc. cit., núm. 16). 12

Otros autores opinaron que la donación queda totalmente revocada, y entre ellos, Bártolo (*párr. Imperator* cit.) y el Panormitano (núm. 5 cit.), apoyándose en la *l. si libertus, ff. de iure patronatus*, que estableció la nulidad de las enajenaciones en fraude de la ley, afirmando Manuel da Costa (núm. cit.) que tal es la opinión común. Así lo afirman, en general, Antonio Gómez y Julio Claro (loc. cit.), mientras que Bártolo y el Panormitano exceptúan el caso de que

tal donación hecha en fraude de los hijos se hiciera conservando algo, no obstante, para éstos, pues entonces, según ellos, tal donación sólo se revocará en cuanto a las legítimas, según la *l. omnimodo, C., de inof. test.* Y ésta es la opinión que da Manuel da Costa por común (*cap. si pater,* part. 3, *verb. privare non possit,* núm. 14, donde trata extensamente esta cuestión). Véase dicho lugar.

Por esta razón, Covarrubias (núm. 12 cit.) afirmó ser la opinión de los doctores en ambos Derechos que tal donación inoficiosa se revoque sólo en cuanto a las legítimas, aunque sea hecha a un extraño.

Elíjase la solución que se prefiera. Yo creo que en tal variedad e incertidumbre de opiniones, debe tenerse por mejor la condición del donatario poseedor, que no debe ser obligado a restituir más que las legítimas de los hijos, a lo cual, desde luego, está obligado sin necesidad de esperar sentencia alguna. Y como quiera que el resto sólo sería una pena, por la mala intención del donante y del donatario, aunque se acepte la opinión de los que creen que la donación intencionadamente inoficiosa debe revocarse en su totalidad, creo que ello no tendrá lugar sino una vez dada sentencia.

13 Por lo que toca, finalmente, a la tercera cuestión planteada, afirmaremos que la donación inoficiosa por relación a los ascendientes puede darse análogamente que por relación a los descendientes, y que se revoca análogamente en cuanto a las legítimas de aquéllos, lo mismo que ocurre con las legítimas de los padres en los bienes de los hijos cuando éstos no tengan descendientes. Así se deduce claramente de la *l. si filius, C., de inof. donat.,* afirmándolo la glosa a la Auténtica *de inmens. donat., verb. filios;* Bártolo (*l. non usque, ff. si a parente*), y Manuel da Costa (*cap. si pater,* parte 3, *verb. privare non possit,* núm. 1 y 2). Y como quiera que los padres pueden ejercitar lo mismo que los hijos la querella de testamento inoficioso, y la *l. nam et si parentibus, ff. de inof. test.* establece que la querella de donación inoficiosa es análoga a la anterior, se deduce, como consta por la *l. últ., C., de inof. donat.,* que los padres tendrán sobre los bienes de los hijos el derecho de ejercitar cualquiera de dichas dos acciones.



DISPUTACION CCLXXXIV

DE LAS CLASES DE LA DONACIÓN, ESTIPULACIÓN Y PROMESA. DE LAS PURAS Y A TÉRMINO

Sumario:

1.—De la donación pura.
2.—De la donación a término cierto.
3.—La donación no propiamente a plazo, sino condicional, deberá pagarse inmediatamente, cuando sea cierto el cumplimiento de la condición.
4.—El plazo incierto en su misma existencia es en realidad una condición.
5.—Exceptúase el caso de que el plazo incierto se haya puesto en favor de la persona a quien se haga la promesa.
6.—Cuando se haya hecho una promesa a plazo cierto, si se paga antes del término, no se concede repetición de lo pagado.
7.—La estipulación o promesa pura, es decir, sin condición ni plazo, ha de pagarse inmediatamente.
8.—La estipulación hecha a plazo cierto, pero indeterminado, se entiende hecha para el primero de los días posibles.
9.—Si el promitente establece un plazo cierto, podrá pagar antes si quiere, pudiendo obligar al acreedor a recibir lo prometido.
10.—Del establecimiento de un año cierto.
11.—De la cláusula penal.

Del mismo modo que en la disputación 205 hemos dividido los legados en puros, a término, condicionales, modales, con demostración y causales, así también se pueden dividir en las mismas categorías la donación, estipulación y promesa. Todo lo dicho respecto a los legados nos ahorrará gran trabajo en la cuestión presente. Para evitar repeticiones inútiles, deberá el lector recurrir a todo lo que allí dijimos, en cuanto sea común a las donaciones, estipulaciones y promesas.

1 Se dice que una estipulación, donación o promesa es pura cuando no se fija un plazo o tiempo futuro en que haya de cumplirse, ni se hace depender su cumplimiento de una condición, modo, demostración o causa. Si bien a veces se toma en sentido más amplio, comprendiendo también las estipulaciones o promesas a término, para distinguirlas de las condicionales, lo mismo que dijimos al tratar de los legados, para hacer notar la distinta naturaleza de la suspensión de la obligación en uno y otro caso. Lo cual consta por la *l. si pupillus, párr. qui sub conditione, ff. de novationibus*, y *l. quodcumque, párr. non solum, ff. de verb. oblig.*

En la disputación citada dijimos también que cuando no conste que un legado no es puro, deberá considerarse como puro; y lo mismo cabe afirmar de la promesa o estipulación. Véase lo que allí dijimos.

2 Cuando se haga una promesa a término cierto, al menos en el sentido de que hay la seguridad de que llegará el día, aunque se ignore su fecha, surge naturalmente una obligación que pasa a los herederos de la persona a quien se haya hecho la promesa o estipulación, y contra los herederos del promitente. En lo cual se distingue mucho la estipulación o promesa a plazo del legado a término. Ya que si el legatario muere antes que el testador, expira el legado a término, sin que el legatario lo transmita a sus herederos, como vimos en la disputación 205. En cambio, la persona a quien se haga una promesa, aunque muera antes que el promitente, transmite su derecho a los herederos para que se les pague la cosa

prometida. Y así, si una persona dijere: Te prometo pagar cien el día de mi muerte; o entregártelos veinte años después de mi muerte, como quiera que se trata de un día que ciertamente ha de llegar, aunque sea incierta la fecha, será válida la promesa, aunque la persona a quien se haga muera antes que el promitente, estando obligados los herederos de éste a cumplirla a dicha persona o a sus herederos. Y análogamente, si una persona dijere: Te prometo darte cien el día de tu muerte, o diez años después de que mueras, lo cual se deberá a los herederos de la persona en cuestión.

Pero aunque de tales promesas surge inmediatamente obligación, no es de que se pague inmediatamente la cosa prometida, sino precisamente al cumplirse el término establecido. Por lo que si se reclamare el cumplimiento antes del plazo citado, el promitente o sus herederos podrán excepcionar el no cumplimiento del término. Todo lo cual consta por el *párr. omnis stipulatio, vers. in diem, I. de verb. oblig.; l. cedere diem, ff. de verb. signif.; l. certi condictio, vers. caeterum* y su glosa, *ff. si castum petatur; párr. praeterea debitor, I. de exceptionibus; l. única* y su glosa *verb. post mortem, C., ut actiones ab haerede contra haeredem; l. scrupulosam, C., de contrahenda stipul.; párr. post mortem, I., de inutil. stipul.*; y l. 12 y 14, tít. 4 de la Partida V.

Obsérvese que hay gran diferencia entre una promesa que 3
diga: Te prometo cien para cuando muera; y otra promesa que diga: Te prometo cien si muero, o si el sol sale antes de seis meses. En efecto, la obligación surgirá inmediatamente lo mismo en el primer caso que en el segundo, ya que la condición de futuro está perfectamente determinada, y no suspende el surgir de la obligación, siendo ambas promesas puras en sentido lato, al contrario de lo que ocurre cuando existe una condición pendiente en el futuro, de acuerdo con la *l. quodcumque, párr. non solum, ff. de verb. oblig.* Pero se diferencian en lo siguiente: en el primer caso, la cosa prometida no se debe hasta el día de la muerte del promitente, ya que precisamente para dicho día se hizo la promesa, y si antes se reclamare el cumplimiento, se podrá excepcionar el incum-

plimiento del plazo. En cambio, en el segundo caso, la cosa prometida se debe inmediatamente, debiendo pagarse al momento, sin que se admita tal excepción en caso de reclamación de la cosa, ya que no se hizo una promesa para el día de la muerte o el día en que saliera el sol dentro de los seis meses, sino bajo la condición de producirse la muerte o de salir el sol: y como ambas cosas son seguras, y tales condiciones ciertas no suspenden la obligación, equivaliendo a condiciones de presente o de pretérito, resulta que la obligación será absolutamente pura, como consta por la *l. si pupillus, párr. qui sub conditione, ff. de novationibus; l. quod si sub ea, ff. de condict. indeb.; l. cum praesens* y las dos sig.; *ff. si certum petatur; párr. conditiones, I., de verb. oblig.;* l. 12 y 17, tít. 11 de la Partida V, y muchos otros textos legales, ya citados en la disp. 206.

No obstante, Gregorio López (l. 11 cit., verb. *el día que yo finare*), no ha tenido en cuenta esta evidente distinción entre las dos clases de promesas, como tampoco lo ha tenido la glosa al *párr. quae sub conditione cit.*

4 Cuando se haya hecho una promesa a término, siendo incierta incluso la existencia de dicho día, el plazo equivaldrá propiamente a una condición pendiente en el futuro, resultando, por tanto, una estipulación o promesa condicionales en el sentido más propio, como dijimos ya en la disp. 205 respecto a los legados a término incierto, tocando, por tanto, el estudio de estas estipulaciones y promesas a la disputación siguiente. Por ejemplo, si se estipulare: ¿Me prometes ciento para el día en que seas hecho Obispo?; ¿o el día en que lleguen los galeones de Indias?; ¿o cuando llegue a ser púber?; ¿o el día en que me case?, y otras estipulaciones semejantes. Ya que es incierto el llegar a ser Obispo, el que puedan arribar los galeones, o el llegar a ser púber o a contraer matrimonio; luego también el que lleguen a cumplirse dichos plazos o términos. Por esto, tales promesas o estipulaciones a término incierto, se considera que han sido hechas bajo condición en la forma siguiente: ¿Me prometes ciento

si llegas a ser Obispo?; ¿si llegan los galeones de Indias?; ¿si llego a ser púber?, etc. Lo cual consta en la *l. qui promissi, ff. de condict. indeb.*, y la *l. quodcumque, párr. non solum, ff. de verb. oblig.*

De toda esta regla hay que exceptuar el caso de que el 5
plazo incierto se haya puesto en favor únicamente de la persona a quien se haga la promesa, de acuerdo con lo que dijimos en la disp. 205, respecto a los legados análogamente hechos. Así, cuando se prometan doscientos escudos a una sobrina, para el día en que se case, evitando así que los gaste y se quede sin dote. O cuando, para premiar unos servicios merecedores de tal cantidad o poco menos, se prometan cuatrocientos ducados para el día de contraer matrimonio, sin que se dé otra compensación por dicho servicio; ya que no debe presumirse que el promitente haya pretendido dejar de recompensar los servicios prestados si la persona en cuestión no se casare, estimándose, por tanto, que tal plazo incierto se ha puesto en favor únicamente de la persona a quien se hizo la promesa. Por lo que, aunque muriere ésta, transmitirá a sus herederos el derecho a lo prometido, que deberá pagárseles inmediatamente. Y aunque fuese cierto que no llegaría a casarse, por entrar en religión o recibir órdenes sagradas, o por ser ya anciano, u otra razón cualquiera que le haga inepto para el matrimonio, o por constar que desea guardar celibato perpetuo, deberá recibir los cuarenta ducados prometidos, sobre todo con autorización de su superior; debiendo pagárselos el promitente o sus herederos, o cualquier otra persona encargada de dicho pago para el caso de que efectivamente se hubiera casado. Pues la promesa de que tratamos en todo este párrafo tiene el carácter, más que de condicional, de promesa modal, de todo lo cual tratamos extensamente en la disp. 208. Véase, por tanto, lo que allí dijimos.

Cuando la promesa sea a término cierto, del modo antes 6
explicado, como quiera que la promesa produce inmediatamente obligación, debiéndose lo prometido, aunque no se deba entregar hasta cumplirse el plazo fijado, si antes de llegar

éste se pagase, no se podrá repetir lo pagado; lo cual puede hacerse, en cambio, cuando se pague lo prometido a término incierto o bajo condición pendiente en el futuro, mientras no se cumpla la promesa; ya que la condición no cumplida impide la existencia de la deuda; mas cuando se cumpla la condición, por existir entonces verdadera deuda, no se podrá repetir. Todo lo cual consta en la *l. sub conditione, l. nam si cum morior, l. quod. sub ea conditione*, y *l. qui promisit, ff. de condict. indeb.* De lo cual tratamos en la disp. 51.

7 Cuando la estipulación o promesa sea pura, por no depender de condición ni término su cumplimiento, deberá pagarse inmediatamente, según la *l. cum qui kalendis, ff. de verb. oblig.*, y el *párr. omnis stipulatio, I, eod. tít.* Sin embargo, en las obligaciones procedentes de préstamo, de lo cual dijimos ya algo en la disp. 270, se conceden diez días de plazo para el pago, cuando no exista un día cierto fijado por los contratantes (*l. promissor, párr. l. de constit. pecum.*).

Por tanto, cuando los dos primeros textos citados establecen que deba pagarse inmediatamente, ello ha de entenderse "en sentido moralmente razonable, esto es, con alguna temperancia en el tiempo, no debiendo procederse inmediatamente al cobro de la deuda". En estas palabras explica la *l. quod dicimus, ff. de solutionibus* el sentido que debe darse a la palabra inmediatamente usada por los textos, por lo que la hemos transcrito al pie de la letra. Por lo que ésta cuestión se deja al arbitrio judicial en la *l. continuus, párr. cum ita, ff. de verb. oblig.*, el *párr. últ., I., de inutil. stipul.*, así como la l. 12, tít. 11 de la Partida V. De la misma cosa prometida deberá deducirse el momento del pago, como si se prometieren frutos futuros, o una casa que se está edificando, o el pago de una cosa en un lugar distante, etc. Así consta por la *l. interdum, l. continuus, párr. cum ita* y sig., *ff. de verb. oblig.*; *párr. loco, I., eod tít.*, y *l. 2, párr. si quis ita, ff. de eo quod certo loco.*

8 Cuando la estipulación o promesa se haga a término cierto, pero siendo indeterminado el día; por ejemplo, si se dice: para primeros de mes, para la Pascua o la Trinidad; se en-

tenderá que se refiere la promesa al primero de dichos días. Así, si el contrato se celebrare un primero de mes, ofreciéndose cumplir lo prometido también el primero de mes, se entenderá que se alude al mes siguiente. Lo cual consta en la *l. eum qui kalendis, in princ., ff. de verb. oblig.*, y l. 15, título 11 de la Partida V.

Si se dijere: Te pagaré tal día, por ejemplo, el día de San 9
Juan, el promitente podrá, si quiere, pagar antes, obligando al acreedor a aceptar la cosa prometida, ya que tal plazo se entenderá puesto en favor del deudor. Así consta por la *l. quod in diem, ff. de solutionibus.* Mas cuando el plazo se haya puesto en beneficio del acreedor, no se le podrá obligar a recibir la cosa antes de tal fecha como consta por la *l. si ita relictum, párr. Pegasius, ff. de leg.*, 2, y otros textos legales, citados por la glosa a la *l. quod in diem cit.*

Además, cuando se fije un día para el pago, el promitente no podrá ser obligado a pagar el mismo día, sino al siguiente, ya que todo el día del plazo debe dejarse a su arbitrio, ni se podrá decir que no ha pagado en dicho día hasta que haya transcurrido por completo. Lo cual consta en el *párr. omnis stipulatio, al final, I., de verb. oblig.* Pero si se dijere, por ejemplo: Te pagaré el día de San Juan, podrá obligársele a pagar el mismo día, ya que tal forma de hablar indica la intención de pagar antes de terminarse el día. Así consta por la *l. liber homo, 2, párr. decem hodie, ff. de verb. oblig.*

Cuando una persona haya prometido pagar en determi- 10
nado año, o en ciertos años, una cantidad cierta (y lo mismo cabe decir cuando se trate de meses o cualquier otra unidad de tiempo), deberá pagar al final de cada año, según la *l. qui hoc anno, ff. de verb. oblig.* y otros textos legales. En cambio, cuando se haya prometido una cantidad anual, por ejemplo, en concepto de limosna cien escudos al año, deberán pagarse al principio de cada año, como consta por la *l. 1, C., quamdo dies; l. nec semel, ff. eod. tít.*, y *l. in singulos, ff. de annuis legat.* Lo mismo afirma Acursio en su glosa a los textos citados y al *párr. et si ita, I., de verb. oblig.*, estable-

ciendo lo propio la l. 15, tit. 11 de la Partida V. No obstante, existe controversia entre los comentadores del Derecho común. Véase lo que dice Gregorio López en su comentario a la l. 15 cit.

11 Cuando se haya hecho una promesa con cláusula penal, ya exista un plazo fijo, ya no, véase lo dispuesto por la l. 15 cit. y sig., y en otros textos que cita Gregorio López en su comentario.



DISPUTACION CCLXXXV

DE LA DONACIÓN, ESTIPULACIÓN Y PROMESA CONDICIONALES

Sumario:

1.—Las condiciones no imposibles de presente o de pretérito no suspenden los efectos de la promesa, siendo inmediatamente válidas sus disposiciones.

2.—La condición imposible no se tiene por no puesta en las donaciones, estipulaciones y promesas, si se hacen con carácter irrevocable.

3.—En la donación por causa de muerte, la condición imposible se tiene por no puesta, siendo, por tanto, válida tal donación.

4.—Si la estipulación se hace bajo condición de futuro, queda en suspenso la obligación, sin que surja la deuda hasta el cumplimiento de la misma.

5.—Aunque la condición sea potestativa, no es puramente personal.

6.—Las condiciones deben siempre cumplirse según su forma expresa, cualquiera que sea el que las cumpla.

7.—La donación o promesa hechas bajo condición pendiente en el futuro no pueden ser revocadas ni gravadas, lo mismo que si fuesen puras.

8.—La estipulación o promesa realizadas bajo condición potestativa negativa, y del momento en que se juzga cumplida.

9.—Las estipulaciones y contratos son nulos siempre que no se cumpla la condición.

4 Tesis tercera. Si la donación, estipulación o promesa se hicieren bajo condición de futuro incierta, se suspenden la obligación y la deuda hasta el cumplimiento de la misma condición; pero desde el primer momento surge de la estipulación o promesa una esperanza o expectativa, y, por tanto, en cierto modo una especie de obligación o deuda, transmisible a los herederos si la persona a quien se hizo la promesa muriere antes de cumplirse la condición. En lo cual se distingue notablemente la donación o promesa condicional del legado igualmente bajo condición, ya que el legatario no transmite a sus herederos la expectativa al legado si muere antes de cumplirse la condición, expirando inmediatamente el legado, como vimos en las disp. 205 y 206; todo lo cual afirma y prueba Covarrubias (*De practic. quaestionibus*, capítulo 38, núm. 4). Por lo demás, todo lo expresado en esta tesis consta de un modo manifiesto en el *párr. sub conditione*, y el *párr. conditionali, I., de verb. oblig.*, siendo principios recibidos por todos sin discusión alguna.

5 Aunque los autores están de acuerdo en que la estipulación, la promesa y, en general, todo contrato celebrado bajo condición se transmite a los herederos de una y otra parte, mientras esté pendiente la condición, de acuerdo con el párr. cit.; y aunque también convienen en que si la condición fuese casual o mixta, se transmite el derecho en caso de cumplimiento a los herederos, y análogamente la obligación; existe, no obstante, una importante disputa en el caso de que la condición sea potestativa, pero no personal, por ejemplo, si se trata de alguna cosa que deba ser hecha necesariamente por aquel a quien se haya prometido la cosa. La disputa versa sobre si el derecho a cumplir la condición se transmitirá o no a los herederos de dicha persona, en el sentido de que sea suficiente el cumplimiento por éstos de dicha condición.

Bártolo y la opinión más común, citada por Covarrubias (*De practic. questionibus*, cap. 38), cree que el derecho a cumplir tal condición potestativa no pasa a los herederos de la persona en cuestión, ni bastará tampoco que se cumpla en favor de los herederos de la persona que haya hecho la promesa; bastando la muerte de cualquiera de ellos para que se considere incumplida la condición y nulo el contrato o promesa.

A mí me satisface mucho más la opinión de Covarrubias (ibíd.) y las dos glosas que cita, según la cual, el derecho a cumplir la condición pasa a los herederos de la persona que debiera hacerlo en primer lugar, bastando también que se cumpla en favor de los herederos del promitente. Así lo exige la equidad, enseñándolo la misma razón natural; y lo prueba, entre otros textos legales citados por Covarrubias, la *l. 2, C., de pactis emptor. et vend.*, de acuerdo con la l. 42 cit., que establecen que el derecho a cumplir la condición potestativa pasa a los herederos del vendedor, pudiendo también cumplirse en favor de los herederos del comprador. Y aun cuando en el caso de dicho texto se había establecido así expresamente, la segunda glosa a dicha ley cree que lo mismo ocurrirá cuando nada se haya establecido; siendo de notar que si bien se había previsto lo tocante a los herederos del vendedor, no, en cambio, lo referente a los herederos del comprador.

Pruébase también por analogía, en virtud de la *l. veteris, C., de contr. stipul.*, donde se dice: "Para decidir las discusiones del antiguo Derecho, establecemos en general que toda estipulación, sea de dar, de hacer, o mixta, se transmitirá a los herederos y contra los herederos de las partes, hágase o no especial mención de ellos. En efecto, ¿por qué lo que es justo respecto a las personas principales, no se ha de transmitir a sus herederos? Y lo mismo ocurrirá en las estipulaciones que sean exclusivamente de hacer, lo cual podrán hacer análogamente los herederos, rechazando aquella opinión sutil y vacía, según la cual las obligaciones sólo se podrían cumplir por la misma persona a quien se hubieran impuesto. Pues siendo poco más o menos análoga la naturaleza de todos los hombres, no ciertamente en todos sus actos, pero sí poco más o menos, podrán efectuarlos unos por otros, evi-

tando que por tales sutilezas queden sin cumplir las voluntades humanas". Hasta aquí dicha ley. Véase en Covarrubias (loc. cit.) un largo discurso sobre esta materia, y las explicaciones que da a los textos en que se apoyaban Bártolo y los demás autores.

6 Obsérvese al mismo tiempo que todas las condiciones, sean potestativas, casuales o mixtas, deberán cumplirse con arreglo a su forma expresa, ya sean cumplidas por los principales obligados, ya por sus herederos; sin que baste un cumplimiento equivalente, como se prueba por la *l. qui haeredi, in princ.*, y la *l. Maevius, ff. de condit. et demonst.*, afirmándolo Bártolo y la opinión común, citada y seguida por Covarrubias (*ubi supra*).

7 Tesis cuarta. La donación, estipulación o promesa, realizadas bajo condición pendiente en el futuro, no pueden ser revocadas ni gravadas, ni sufren restricción alguna, exactamente igual que si fuesen puras, con arreglo a lo dicho en la disp. 265. Así lo afirma Silvestre (*verb. donat.*, I, q. 15, núm. 19) sin que nadie se le oponga, deduciéndose así de la *l. potior, in princ., vers. videamus, ff. qui pot. in pig.* Puede confirmarse también, por cuanto tales estipulaciones y promesas hechas bajo condición, por lo mismo que son aceptadas y perfectas en su orden y grado, producen obligación y deuda en esperanza, lo mismo que las puras las producen efectivas; estando obligado el promitente por una promesa condicional, cuando llegue a cumplirse, lo mismo que por una promesa pura. Y por lo mismo que una estipulación o promesa condicionales son perfectas en su orden y grado, no sufren gravamen ni limitación.

8 Cuando una estipulación o promesa se haya otorgado bajo condición potestativa negativa, que no puede considerarse cumplida de suyo hasta la muerte de la persona a quien se haga; por ejemplo: te prometo cien si no subes al monte Capitolio, o si permaneces viudo, etc.; establece el *párr si quis ita, I., de verb. oblig.*, que tal promesa equivaldrá a esta otra: Te prometo cien para cuando mueras. Mas su glosa

afirma con razón que no son idénticas tales promesas, pues la segunda es una promesa a plazo, mientras que la primera es condicional, dejando de tener vigor si la persona en cuestión subiere al Capitolio o contrajere matrimonio. Sólo serán equivalentes cuando se establezca que la cosa prometida no se deberá si no se cumple la condición hasta el mismo momento de la muerte.

Dice Manuel de Acosta (*Select. interp.*, lib. II, cap. 5, número 4 y *l. cum tale, párr. si arbitratu, ampl.* 2, número 5) que en las estipulaciones, promesas y contratos que lleven tales condiciones negativas, ha sido comúnmente recibido (de acuerdo con el *párr. si quis ita* cit.) que no tendrá aplicación la caución Muciana, al contrario de lo que ocurre en las últimas voluntades otorgadas bajo análogas condiciones, como vimos en la disp. 206. Lo mismo afirma Molina (*De primog.*, I, cap 12, núm. 16), con Bártolo y la opinión común que cita. Sí será aplicable la caución Muciana en la donación por causa de muerte, hecha bajo condición potestativa, como establece expresamente la Auténtica *de nuptiis, párr. quae vero nunc*, afirmándolo Manuel de Acosta (*párr. si arbitratu*, amp. 2, núm. 4), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, cap. 18), Molina (loc. cit., núm. 27) y varios otros autores que ellos citan. Lo cual se confirma, por cuanto la donación *mortis causa* sigue la regla de las últimas voluntades, incluso respecto a las condiciones imposibles, lo cual no ocurre en las estipulaciones, promesas y demás contratos, como dijimos anteriormente. Molina cree que tendrá lugar la caución Muciana en las demás donaciones revocables, por creer que siguen también la regla de las últimas voluntades.

Ha de añadirse que si bien cuando en las últimas voluntades se haya hecho alguna disposición bajo una condición, 9
perjudicando su cumplimiento los intereses de otra persona, si su incumplimiento depende de dicha persona, se tiene por cumplida la condición, siendo, por tanto, válida la disposición condicional, como vimos en los ejemplos citados en la dis-

putación 209; en cambio, en las estipulaciones, promesas y contratos ocurre lo contrario, es decir, que serán inválidos siempre que no se cumpla la condición, aunque sea por dicha causa. Así lo afirma la opinión común de los autores, citada y seguida por Gregorio López (l. 14, tít. 4 de la Partida VI), Manuel de Acosta (*párr. si quis arbitratu*, limit. 3) y Molina (*De primog.*, lib. I, cap. 13, núm. 16). Este autor dice, con razón, que en los mayorazgos instituídos por contrato irrevocable, habrá de mirarse muy despacio si en este caso se trata de una verdadera condición, o más bien de una carga modal. Pues tratándose de un modo, aunque el sucesor en el mayorazgo no lo cumpla, no habrá razón para privarle del mayorazgo. Cree asimismo que la regla en cuestión debe limitarse cuando existan conjeturas de que la voluntad del que instituyó el mayorazgo era que cuando la condición no se cumpliera sin culpa del llamado al mayorazgo, no se le excluyera por ello de éste. Así, si ha llamado a una persona al mayorazgo con la condición de casarse con una mujer determinada, sin que se lleve ello a cabo, no por culpa del llamado, sino de la mujer, o de algún tercero, o de inconvenientes físicos, v. gr., por morirse ella; ciertamente no hay razón para creer que hubiera querido excluirle del mayorazgo en tales casos: sobre todo considerando que el instituyente de un mayorazgo suele llamar a los parientes más próximos, cuando la persona que hubiera de excluirse fuera persona más allegada que el substituto, pues no ha de creerse que en tales casos haya querido excluir sin culpa alguna al más próximo por el más remoto. Véase Molina (loc. cit.), que doctamente prosigue este discurso.

10 Finalmente, añadiremos que la condición de que una persona que no se haya casado nunca no pueda contraer matrimonio, que en las últimas voluntades se tiene por no puesta, no viciando, por tanto, tales disposiciones, como vimos en la disp. 207; si se añadiere a una estipulación, promesa o contrato, no se tendrá por no puesta, sino que los anulará si no se cumpliere, como consta por lo que llevamos dicho. Ya

que se trata de una condición jurídicamente posible, y que, por tanto, vicia las promesas y contratos.

Todo lo demás que dijimos en dicha disputación sobre las donaciones, estipulaciones, promesas y demás contratos, en común con las últimas voluntades, no es necesario repetirlo en este lugar. Léase también lo que añadimos en la disp. 308, pues de ello depende la más plena inteligencia de lo dicho.



DISPUTACION CCLXXXVI

DE LA DONACIÓN MODAL, Y DE SI LO DONADO PARA INDUCIR A UNA MUJER A MALOS FINES, O EN CASOS SEMEJANTES, ESTÁ SOMETIDO A RESTITUCIÓN SI NO SE LOGRA EL FIN PROPUESTO. Y DE LAS LIMOSNAS QUE SE HAGAN POR CAUSA MENTIDA Y MOVIDO EL DONANTE POR FALSAS DEMOSTRACIONES

Sumario:

1.—Lo dado para mover a una persona a un fin cualquiera, no está sujeto a restitución.

2.—Hasta qué punto han de restituirse las limosnas y demás donaciones, hechas en virtud de causas mentidas o por falsas demostraciones.

Hemos tratado extensamente de la donación modal, en la disp. 206, al tratar de las últimas voluntades con carga modal. Ahora sólo trataremos de las cuestiones especialmente propuestas en el título, como de algunos ejemplos que reservamos en aquel lugar para exponerlos ahora con mayor comodidad.

Diremos brevemente, que lo mismo lo que se done con 1
dicho fin a una mujer, aunque no se hubiera donado si el donante supiera que no iba a conseguir su objeto, y aunque la mujer sepa la mala intención con que se la regala, aceptándolo con ánimo de no consentir; que lo que se dona con el ánimo de mover a una persona a hacer un préstamo, o a cualquier otra cosa semejante, aunque análogamente no se hubiera donado si el donante supiera que no va a lograr su

fin, no están sujetos a restitución, aunque no se logre el fin propuesto, a no ser que se hayan dado bajo condición o modo, sino únicamente con la esperanza y ánimo de inducir a dicho fin al donatario, como es lo más frecuente. Así se deduce expresamente de la *l. si repetendi, C., de condict. ob causam*; en la cual, tratándose de un hombre que había hecho regalos a la esposa de otro para convencerla de que se fugase con él, sin conseguirlo, queriendo por ello repetir lo donado, se le excluye del derecho a repetir, por no haber expresado la condición de sus donaciones. Obsérvese que cuando el donatario haya recibido la cosa de buena fe, y la haya consumido, por no creer que le ha sido donada bajo condición, no estará obligado a restitución alguna, cuando no se haya enriquecido, por no existir dicha obligación, ni por parte de la cosa adquirida, ni por parte de la injusta adquisición.

Obsérvese también que el hecho de que el que haya regalado con malos fines a una mujer, afirme, al verse fracasado, que lo hizo bajo condición del mal consentimiento, no será causa suficiente para que se obligue a restituir a la mujer, incluso lo que no haya consumido o en lo que se haya enriquecido. La razón es que tales donaciones no se presumen hechas con tal ánimo, pudiendo presumir la mujer que aquel hombre miente después, por no haber querido consentir, y que lo afirma para lograr su consentimiento: a los efectos de librarse de la obligación de restituir. Añade, además, la l. cit., que no tiene derecho a repetir el donante que afirme que ha donado con la condición tácita de dicho fin, ya que no puede presumirse tal cosa, cuando no se haya expresado al tiempo de la donación. Véase sobre todo ello lo que diremos al final de la disp. 570.

2 En la disp. 209 y en las dos siguientes hemos tratado extensamente de las limosnas hechas a pobres fingidos, o que aparenten santidad de vida, y de otras donaciones, en particular de las hechas por los Príncipes, por servicios u otras causas falsas, y también de hasta qué punto están sujetas a

restitución. Item de las donaciones en que intervenga falsa demostración. Todo lo cual explicamos simultáneamente con las últimas voluntades del mismo tipo, por lo que no ha lugar a repetirlo.



DISPUTACION CCLXXXVII

DE LAS DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE

Sumario:

1.—La donación en general se divide en donación entre vivos y donación por causa de muerte.
2.—De la donación por causa de muerte.
3.—Explícanse los términos de la definición.
4.—La donación por causa de muerte, completada por la tradición, es título hábil para transmitir el dominio, si bien con carácter revocable.
5.—Entre qué personas puede tener lugar la donación por causa de muerte.
6.—*Quid* de la donación por causa de muerte no aceptada.
7.—De los dos modos de perfeccionarse la donación por causa de muerte.
8.—De las dos modalidades de la donación por causa de muerte.
9.—La donación por causa de muerte expira si el donatario muere antes que el donante.
10.—El donante puede revocar la donación por causa de muerte mientras viva.
11.—De la revocación de estas donaciones por enajenación de la cosa donada.
12.—De varias cuestiones relativas a la donación por causa de muerte.
13.—En caso de revocación de la donación por causa de muerte, deberá restituirse la cosa donada con todos los

frutos que haya producido y el valor de los consumidos.

14.—En la donación entre vivos, revocada por ingratitud, no se repiten los frutos percibidos antes de la *litis contestatio*.

15.—Cuando se haga una donación por causa de muerte, declarando que la cosa donada no habrá de devolverse en ningún caso, no podrá revocarse.

16.—Si en la donación se ha pactado la no revocabilidad, o si el donante promete no revocarla jamás, se transforma en donación entre vivos, teniendo carácter irrevocable.

17.—En qué casos la donación por causa de muerte se transforma en donación entre vivos.

18.—*Quid* cuando la promesa se haya confirmado por juramento.

19.—Cuando una persona haya prometido no revocar una donación hecha en forma de donación por causa de muerte, confirmándolo, además, por juramento, se transforma en donación entre vivos.

20.—De si cuando el donante haya prometido por juramento no contravenir jamás la donación hecha en forma de donación por causa de muerte, tendrá el carácter de donación entre vivos.

21.—La donación por causa de muerte, reforzada por juramento, no es irrevocable en Portugal, sino que es por lo mismo nula, a no ser que el Rey haya autorizado dicho juramento.

22.—Cuando la intención del donante sea suficientemente expresa, en virtud de sus palabras, deberá estarse a ella.

1 La donación en general, según consta por la Instituta (*de donat., párr.* 1), se divide en la llamada donación entre vivos y la donación por causa de muerte. Explicada la diferencia que existe entre ambas, bastará lo dicho ya sobre las donaciones, y lo que luego añadiremos sobre las

de que se produzca la muerte, próximamente temida. En donaciones entre vivos; por lo que sólo trataremos en este lugar de la donación por causa de muerte (1).

La donación por causa de muerte es aquella en virtud de 2
la cual se entrega o promete gratuitamente una cosa, para que a la muerte del donante, o únicamente a la muerte que éste teme próxima, producida en todo caso antes de la muerte del donatario, pertenezca irrevocablemente a éste, teniendo el donante hasta su propia muerte la más amplia facultad para revocarla. De aquí se deduce la diferencia que establecen la *l.* 1 y la *l. senatus, ff. de mortis causa donat.*, y la *l., de donat., in princ.*, entre la donación por causa de muerte y la donación entre vivos: que en la donación por causa de muerte, el donante prefiere tener él la cosa a que la tenga el donatario, y que la tenga el donatario antes que el heredero; mientras que en la donación entre vivos el donante prefiere que el donatario tenga la cosa antes que tenerla él mismo.

En la definición propuesta hemos dicho en primer lugar 3
que esta donación tiene carácter gratuito, ya que la donación por causa de muerte es una verdadera donación, debiendo, por tanto, hacerse gratuitamente, de acuerdo con lo dicho en la disp. 173.

Añadimos que se entrega o promete una cosa, pues lo dicho en general respecto a las donaciones, que unas veces tiene su comienzo en la simple promesa, y otras ya en la tradición, adquiriéndose el dominio en virtud de esta última, tiene asimismo lugar en las donaciones por causa de muerte. Si bien el dominio que se adquiere en estas donaciones tiene carácter revocable, como veremos más adelante. Así consta por la *l.* 2, *si mortis causa res, párr. si vero*, y *l. qui*

(1) El Código ha destruído la especialidad de estas donaciones *mortis causa* al disponer, en su artículo 620, de acuerdo con la tendencia de los nuevos Códigos civiles, que "las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria". Este carácter está ya muy marcado en el Derecho común, como verá el lector.

mortis, y sus glosas, *ff. de mortis causa donat.*: afirmándolo Covarrubias (*rub. de test.*, part. 3, núm. 16), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 16), Molina (*De primog.*, lib. I, cap. 12, núm. 15), y, en general, los autores. Por lo demás, cuando se diga que por la tradición el donatario adquiere el dominio de la cosa donada por causa de muerte, ello ha de entenderse si la tradición se hace con ánimo de transmitir inmediatamente el dominio, como establece expresamente la *l. si mortis causa res*, poco antes citada, y la *l. dotis fructus, párr. últ., ff. de iure dotium*. Ello se presume siempre, cuando no se exprese otra cosa, según la *l. sed nisi, ff. de iure dotium*, afirmándolo la glosa a la *l. si mortis causa res, verb. iam nunc*. Mas cuando la cosa se entregue expresando la intención de que no pertenezca al donatario hasta la muerte del donante, el dominio de la cosa entregada seguirá perteneciendo a éste hasta su muerte, como establece la *l. si mortis causa res*, y *l. dotis fructus, cit.*

4 Si a la doctrina expuesta se objetare con la *l. nunquam nuda, ff. de acquirendo rerum dominio*, según la cual no basta la nuda tradición de la cosa para transmitir su dominio, si no precede un título o causa hábil para su adquisición, contestaremos que la misma donación por causa de muerte, completada por la tradición, es título hábil para transmitir el dominio, si bien con carácter revocable; del mismo modo que la entrega al marido de los bienes de la dote en virtud del pacto nupcial, para que pertenezcan al marido inmediatamente de celebrarse el matrimonio, es un título hábil para adquirir su dominio, aunque lo pierda si las nupcias no llegaren a celebrarse, como consta por la *l. dotis fructus* y *sig., ff. de iure dotium*.

5 Cuando la donación por causa de muerte comience por la simple promesa, sin celebrarse la tradición, apoderando al donatario en la cosa del modo explicado, antiguamente sólo se podía hacer entre presentes y por estipulación, para que al producirse la muerte del donante se pudiera accionar para reclamar la cosa donada. Así lo afirma la opinión común, de

acuerdo con la *l. in mortis, ff. de moris causa donat.*, citada y seguida por Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, número 16), Covarrubias (*Rub. de test.*, part. 3, núm. 13) y Julio Claro (*párr. donat.*, q. 5, núm. 3). Pero actualmente, del mismo modo que la donación entre vivos se puede celebrar válidamente por nudo pacto, no sólo entre presentes y en virtud de la aceptación del donatario, aunque sea tácita por su silencio, sino también entre ausentes, por carta, internuncio, o por la aceptación de personas a quienes autorice el Derecho para hacerlo a nombre del donatario, de todo lo cual tratamos extensamente en las disp. 244, 254, 255 y 263; así también podrá hacerse válidamente la donación por causa de muerte, que quedará confirmada por la muerte del donante. Así lo afirma, de acuerdo con la glosa a la *l. cum pater, párr. Maevio, ff. de legat.*, 2 y la glosa últ., al final de la *l. 2, C., de iure dotium*, Bártolo y la opinión común citada y seguida por Antonio Gómez (núm. 16 cit.) y Covarrubias (*ubi supra*, núm. 14). Lo cual es verdad incluso si se hiciere por testamento o codicilo, ya que los pactos y contratos pueden válidamente celebrarse por testamento y codicilo, como, de acuerdo con Bártolo y la opinión común de los autores, afirma Covarrubias (ibid., núm. 17).

Cuando la donación por causa de muerte se hiciere sin 6
aceptación, por testamento, codicilo, carta o incluso verbalmente, como quiera que no tendría el carácter de contrato, ni siquiera de nudo pacto, valdrá, no obstante, si se observa la solemnidad testifical de que luego hablaremos, no como donación por causa de muerte, sino como legado, o, lo que es lo mismo, como fideicomiso particular, de acuerdo con la *l. miles ad sororem, in princ.*, y su glosa; *l. cum pater, párrafo et donationis, ff. de leg.*, 2; *l. si donatio, C., de donat.*, y *l. 2, C., communia de legat.* Así lo afirma Antonio Gómez (*ubi supra*, núm. 18, al final), de acuerdo con Covarrubias (*Rub. de test.*, part. 3, núm. 17), Bártolo y la opinión común, citada por Julio Claro (q. 5 cit., núm. último), cuando lo haga una persona que pueda otorgar testamento.

Como quiera que entonces tendrá carácter de legado, y no de donación por causa de muerte, será inválida si la hace una persona que no pueda testar, aunque pueda donar por causa de muerte, como diremos en breve de los hijos de familia.

7 En la citada definición añadíamos: Para que a la muerte del donante, o únicamente a la muerte que éste teme próxima, producida en todo caso antes de la muerte del donatario, pertenezca irrevocablemente a éste. Para cuya inteligencia, obsérvese que, como dice Molina (*De primog.*. libro I, cap. 12, núm. 15), de acuerdo con la glosa 1 a la *l. non videtur, ff. de mortis causa donat.*, comúnmente seguida por los autores, la donación por causa de muerte puede considerarse perfecta de dos modos. Primero, en el sentido de que tenga el carácter propio de las donaciones por causa de muerte; teniendo este grado de perfección desde el momento en que sea íntegramente realizada, incluso antes de la muerte del donante. Esta perfección basta para que el donatario adquiera en virtud de tal donación, no sólo un derecho personal a la cosa donada, sino también su propiedad, si el donante se la entrega, como vimos anteriormente. Mas ello es con carácter revocable, mientras no tenga lugar la muerte del donante.

En otro sentido, se puede decir que la donación por causa de muerte es perfecta, cuando ya no pueda revocarse, lo cual no tiene lugar hasta la muerte del donante. En este sentido dice la *l. non videtur, ff. de mortis causa donat.*, que "no se considera perfecta la donación hecha por causa de muerte hasta que ésta tenga lugar", es decir, la muerte del donante.

8 Obsérvese, además, que la donación por causa de muerte puede hacerse en dos formas. Primera, con la condición de que se produzca la muerte próximamente temida. Entonces, si el donante no muere en dicha ocasión o se libra de aquel peligro, aunque sea por desistir de una empresa peligrosa, se entiende inmediatamente revocada la donación.

Así suele hacerse cuando una persona teme morir de una enfermedad, o cuando una persona va a la guerra, o a un viaje marítimo largo y peligroso, o en peregrinación, o en otros casos semejantes, explicados por las *l.* 3, 4, 5 y 6, *ff. de mortis causa donat.* Y, en general, se presume hecha en esta forma la donación si no se expresa lo contrario según las *l.* 2 y 3, *l. si mortis causa res* y *l. senatus.*, *párr. mortis causa, ff. de mortis causa donat.*; *I., de donat.*, *in princ. ver. mortis causa*; *l. non omnis, in princ., ff. si certum petatur*, y l. últ., tít. 4 de la Partida V, confirmándolo Covarrubias (*Rub. de test.*, núm. 23), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 19) y la opinión común, que ellos citan.

La otra forma es la donación por causa de muerte, condicionada por la muerte del donante en absoluto, es decir, ocurrida en cualquier tiempo. Se reputa tal la que hace una persona no hallándose en peligro de muerte próxima ni movido por el miedo de ella. Así también la hecha por una persona en peligro de muerte, pero que declare expresamente que dona por causa de la muerte, próxima o distante. Así consta por la *l.* 2 y *l. senatus, párr. mortis causa, ff. de mortis causa donat.*

Obsérvese, en tercer lugar, que la donación por causa de 9
muerte se considera revocada por el mero hecho de que el donatario muera antes que el donante, como consta por la *l. non omnis, in princ., ff. si certum petatur*; *l. si mortis causa res*, al final, y *l. senatus, párr. mortis causa*, al final, *ff. de mortis causa donat.*; *I., de donat.*, *in princ.*, *vers. mortis causa*, y l. últ., tít. 4 de la Partida V. En lo cual coincide la donación por causa de muerte con el legado, que queda anulado por lo mismo que muera el legatario antes que el testador, como vimos en su lugar. De todo lo cual se deduce fácilmente el sentido de las restantes palabras añadidas en la definición propuesta.

Las últimas palabras de ella aluden a la facultad que tie- 10
ne el donante hasta su muerte de revocar en absoluto la do-

nación, exactamente igual que ocurre en las últimas voluntades, de acuerdo con la *l. qui mortis, ff. de mortis causa,* y l. últ., tít. 4 de la Partida V, afirmándolo, siguiendo a Oldrado y otros, Gama (Decis. 258, núm. 2), aunque la donación haya sido hecha por dos personas, pudiendo cualquiera de ellas revocarla, incluso después de muerta la otra. En lo cual coincide también la donación por causa de muerte con los legados, por lo que, en cierto modo, se puede incluir entre las disposiciones de última voluntad, por cuanto se aproxima más al legado que a la donación entre vivos, como establece la Instituta, loc. cit., *vers. haec mortis,* y *l. Marcellus, párr. Paulus, ff. de mortis causa donat.* Alvaro Velasco (cons. 61, núm. 7) afirma que cuando la donación por causa de muerte se haya hecho por testamento, quedará revocada al anularse el testamento. Sin embargo, entre los muchos autores que cita en apoyo de esta opinión, se encuentra Covarrubias (*rub. de test.,* núm. 22), que, no obstante, no dice semejante cosa.

11 Covarrubias (*rub. de test.,* núm. 19) y Antonio Gómez (capítulo 4 cit., núm. 18), de acuerdo con la opinión común de los autores, que citan, afirman que las causas que enumeramos en la disputación 194, de revocación tácita de los legados, cuando el testador enajene en cualquiera de dichas formas la cosa legada, serán también causas de revocación de la donación por causa de muerte, si el donante la enajena en cualquiera de dichas formas; lo cual confirma Covarrubias (*l. illud, ff. de mortis causa donat.*); satisfaciéndonos esta opinión común. Véase lo dicho en el lugar citado, para no tener que repetir inútilmente lo mismo respecto a la donación por causa de muerte.

También nos satisface lo que añade Covarrubias, que por el hecho de que el donante por causa de muerte, disponga de sus bienes a título universal, por ejemplo, nombrando a un heredero de todos sus bienes, no se entenderá revocada la donación por causa de muerte de algunos bienes en particular, hecha antes de tal disposición universal.

Análogamente, lo que dijimos en la disputación citada 12
sobre los frutos, aumentos y perjuicios de la cosa legada, sobre su perecimiento, etc., son aplicables a la donación por causa de muerte, una vez confirmada por muerte del donante.

Asimismo lo que dijimos en la disputación 212 sobre la revocación tácita del legado, por graves enemistades surgidas entre el testador y el legatario, y por graves injurias causadas por éste al primero, incluso después de la muerte del testador, son aplicables a la donación por causa de muerte, en los casos análogos. Véase lo dicho en los lugares citados.

En los casos que dijimos en la disputación 9, y más extensamente en la disputación 481, que por Derecho común, de Castilla o de Portugal, no puede testar el condenado por ciertos delitos, anulándose, por tanto, el testamento otorgado antes de dicha condenación, se entenderá que la donación hecha por causa de muerte por el mismo delincuente queda, por lo mismo, revocada y nula, como consta por la *l. si aliquis, ff. de mortis causa donat.* Véase, entre otros, a Molina (*De primog.,* lib. IV, cap. 11, núm. 19 a 22).

Dijimos en la definición propuesta, que el donante tiene 13
la facultad de revocar en absoluto la misma donación, pues aunque se haya celebrado la tradición de la cosa donada y el donatario haya adquirido su dominio con arreglo a lo que antes dijimos, no obstante, por el mero hecho de ser revocada la donación, por arrepentimiento del donante o cualquier otra razón, deberá restituirse la cosa donada, no sólo con todos los frutos pendientes, sino también con todos los percibidos y el valor de los consumidos, desde el día en que se haya celebrado la tradición de la cosa. Así consta por la *l. cum quis, ff., causa data,* que dice: "Si una persona ha hecho una donación por causa de muerte y sana de su enfermedad, podrá reclamar, además, los frutos de las cosas donadas, sus partos y todos los aumentos". Y, análogamente, la *l. videamus, vers. 2, ff., de usuris,* con otros textos legales, afirmándolo Bártolo y la opinión común de los autores,

citados y seguidos por Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, capítulo 4, núm. 21), y Arias Pinelo (*l. 2, part. 2, núm.* 11, *C., de rescind. vendit.*). La razón es que lo mismo la cosa que sus frutos se han dado bajo la condición de que la donación se confirme por muerte del donante; luego por lo mismo que no se confirma, sino que se revoca, debe restituirse la cosa con todos los frutos percibidos, debiendo imputarse al donatario el haber consumido algunos de ellos. Pero si el donante hubiera expresado en algún modo no ser su intención la repetición de los frutos percibidos, bastará restituir la cosa con los frutos pendientes. Por ejemplo, si el donante hubiera dicho: Usa para tu sustento tal finca, que te dono para después de mi muerte.

14 En cambio, cuando la donación es entre vivos y se revoca por ingratitud, no se pueden repetir los frutos percibidos antes de la *litis contestatio*, como vimos en la disp. 281. Ya que aquí se trata de una donación absoluta, reclamándose únicamente la cosa en concepto de pena. Así lo cree también Antonio Gómez (núm. 21 cit.), en el caso de revocarse la donación por nacimiento subsiguiente de hijos (disp. 282 y 283), es decir, que no se revocará en cuanto a los frutos percibidos antes del nacimiento, por tratarse también de una donación absoluta, aunque se revoque en virtud del nacimiento de nuevos hijos, por disposición del Derecho. Esta opinión me parece indudable en cuanto a los frutos percibidos y consumidos de buena fe, en cuanto el donatario no se haya enriquecido. En cuanto a los restantes, si bien me parece probable, no carece de alguna dificultad, ya porque la revocación de tal donación se basa en la volutad presunta del donante, que se presume que no quiere donar en el caso de tener hijos, y al mismo tiempo, en la disposición del Derecho, como vimos en la disp. 282, y, por tanto, ha sido hecha bajo la condición, pendiente en el futuro, de que no nazcan más hijos; ya también porque esta donación es inoficiosa respecto a los hijos nacidos posteriormente, incluso en cuanto a los frutos, por lo que se podrá revocar en cuanto

resulte inoficiosa, incluso respecto a los frutos percibidos, si los hubiere, o si el donatario se hubiere enriquecido con ellos.

Cuando se haya hecho una donación por causa de muer- 15
te, declarando que la cosa no habrá de devolverse, a no ser en el caso de arrepentirse el donante, revocando la donación por su propia voluntad, ni la convalecencia de la enfermedad, ni la evasión del peligro, ni siquiera la muerte del donatario antes del donante bastarán para revocarla. Análogamente, cuando se haya donado declarando que no se revocará la donación más que por el hecho de morir el donatario antes que el donante, no podrá hacerse por arrepentimiento del donante, ni por librarse de la enfermedad o peligro. Asimismo, cuando se haya donado con la intención de que no se restituya la cosa, a no ser en caso de librarse el donante de la enfermedad o peligro presentes, no pudiendo entonces revocarse por arrepentimiento o por muerte anterior del donatario. Así consta por la *l. senat., párr. mortis causa*, y la *l. si alienum, párr. Marcellus, ff. de mortis causa*, afirmándolo Covarrubias (*Rub. de test.*, part. 3, núm. 23 al final, y part. 2, núm. 11 al final, 12 y 13).

Si se pactare en tal donación la no revocabilidad en 16
ningún caso, o si el donante prometiere no revocarla jamás, se transforma en donación entre vivos, haciéndose irrevocable. Así consta expresamente por la *l. ubi ita donatur*, en concordancia con la *l. si alienam, párr. Marcellus*, al final, y la *l. senatus, párr. mortis causa* al final, *ff. de mortis causa donat.*, afirmándolo contra la glosa comúnmente reprobada a la *l. ubi donatur*, Bártolo y la opinión común de los autores, citada y seguida por Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 22), Molina (*De primog.*, lib. IV, cap. 2, núm. 40 y 45), Julio Claro (*párr. donat.*, q. 4, núm. últ.) y Covarrubias (*Rub. de test.*, part. 2, número 11). Y, como dice la *l. ubi ita donatur* cit., en tal caso la alusión a la muerte significa más bien que la causa impulsiva de la donación es la misma muerte, o la suspensión de la ejecución de ella hasta la muerte del donan-

te, en el sentido de que el donatario sólo empiece al poseer la cosa donada al tiempo de dicha muerte, que la existencia de una donación por causa de muerte, en la cual el donante quiere que la donación no sea firme e irrevocable, hasta el mismo momento de su muerte. Y como quiera que según una benigna interpretación del Derecho, no ha de creerse que el donante haya pretendido hacer un acto nulo e inútil, deberá entenderse tal donación, no por causa de muerte, sino entre vivos, evitando la repugnancia intrínseca.

17 Antonio Gómez (loc. cit.), Covarrubias (*Rub. de test.*, part. 2, núm. 13 y 14), de acuerdo con la opinión común de los autores que ellos citan, añaden con razón que la promesa de no revocar esta donación podrá incluirse, ya en la parte del instrumento en que se hace la misma donación, esto es, en la parte dispositiva del instrumento, en la que se contiene la misma substancia del contrato, o posteriormente, en la parte que contiene el modo de ejecución y confirmación del mismo. Si dicha promesa se incluye en la primera parte del instrumento, transforma la donación en donación entre vivos, según lo que llevamos dicho. Si va en la parte posterior, seguirá siendo donación por causa de muerte, teniéndose tal promesa por no puesta. Ya porque lo que se refiere a la ejecución no influye en la disposición propiamente dicha, como establece la *Clementina* 1, *de praeb.*; ya, sobre todo, porque debe presumirse que tales palabras se han incluído más por decisión y costumbre de los notarios que por intención decidida de los contratantes, no pudiendo suponerse que éstos hayan querido oponerse a la disposición en el modo de ejecutarla (1). Molina (*De primog.*, lib. IV, cap. 2, núm. 46 y sig.), disiente de esta doctrina. Pero a nosotros nos satisface, si bien creemos que cuando conste que la cláusula en cuestión ha sido puesta por voluntad del donante en la parte ejecutiva, será suficiente para que la donación por causa de muerte se considere como entre vivos. Pues como afirma rectamente Molina, la citada *Clementina* ha de entenderse respecto a las palabras puestas incidentalmente en la parte ejecutiva, que no restrinjan, interpreten o amplíen la disposición de modo tan manifiesto.

Con toda la razón afirma Covarrubias que esta doctrina deberá limitarse al caso de que la promesa colocada en la parte ejecutiva vaya confirmada por juramento. Pues no puede presumirse un juramento temerario, ni que se haya acostumbrado ni aun podido poner, sin el consentimiento y voluntad de los contratantes, por lo que tal promesa debió emanar del donante, siendo, por tanto, su voluntad dar a la donación el carácter de entre vivos. 18

Cuando una persona no sólo haya prometido no revocar una donación aparentemente por causa de muerte, sino que lo haya confirmado por juramento, con mucha mayor razón habrá de afirmarse el carácter entre vivos de ella, como afirma Covarrubias (núm. 11 cit.), con la opinión común de los autores que él y Molina refieren. Mas con razón añade Covarrubias (núm. 14) que si una persona dona por causa de muerte, confirmando su donación por juramento, pero afirmando únicamente bajo éste que verdaderamente hace donación, podrá libremente revocarla, sin que tome el carácter de donación entre vivos. En primer lugar, porque el juramento tiene la naturaleza del acto sobre que recae, y esta donación es de suyo revocable. Lo 19

---

(1) La observación es interesante. El juez debe poder entrar en el análisis del documento que se le presenta, averiguando hasta qué punto refleja el acto jurídico que realmente tuvo lugar. Aquí sí que la voluntad verdadera de las partes prevalece, no sobre la voluntad declarada, sino sobre la mala expresión de ésta.

La cuestión tenía especial importancia en la época de Molina, en que los formularios eran de una enorme extensión y contenían innumerables "cláusulas de estilo", que con frecuencia se oponían a la verdadera intención de las partes.

Hoy tiene interés, sobre todo por lo que se refiere a los *contratos de adhesión*, frecuentemente redactados en forma técnica y aun capciosa, que a veces sorprende la buena fe e ignorancia de la parte más débil. La teoría de la causa puede ser también muy útil a este respecto.

cual confirman las razones alegadas por nosotros en la disputación 151, en refutación del cuarto argumento, sobre los testamentos análogamente confirmados por juramento.

20 Molina (núm. 46 cit. y sig.) cree que si el donante prometiere por juramento no contravenir jamás la donación hecha por él en forma de donación por causa de muerte, ésta no tendrá el carácter de donación entre vivos, pudiendo, a pesar de tal promesa y juramento, revocarla. Se apoya en que ello no es contravenir tal donación, que es por su propia naturaleza revocable. Mas yo creo que esta doctrina es falsa, no sólo porque, según el uso común de las palabras, el no contravenir una donación supone no revocarla, sino también porque la revocación destruye y anula la donación, como es evidente, lo cual es bastante contravención; debiendo, por tanto, considerarse al donante como infiel a su promesa y perjuro.

21 Recuérdese, respecto a lo que vamos diciendo sobre la confirmación por juramento de la donación por causa de muerte, que en Portugal no sólo no la hace irrevocable, sino que, por lo mismo, queda anulada, a no ser que el juramento se haya puesto en virtud de expresa autorización real, de acuerdo con lo dicho en la disp. 149. Por el contrario, en este Reino de Castilla será válida tal confirmación, por ser lícita la confirmación por juramento de las donaciones y, en general, de todos los actos que no serían válidos de no llevar este refuerzo, como vimos en la disputación citada y en otros lugares.

22 Obsérvese, finalmente, respecto al tema de esta disputación, que cuando las palabras del donante expresen suficientemente la intención de éste, si desea donar por causa de muerte o más bien entre vivos, deberá estarse a su intención y declaración, como es de suyo evidente. Ha de observarse, no obstante, que cuando las palabras empleadas y las circunstancias indiquen la voluntad de donar entre vivos, el hecho de diferir la ejecución de la donación hasta después de su muerte, v. gr., diciendo que dona tales bienes para después de su vida, o que desea que el donatario no los posea hasta que él haya muerto, etc., no transforman la donación en *mortis causa,* sino que se reputa *inter vivos.* Así, si un tío al casarse su sobrina declara que le dona en concepto de dote tales o cuales fincas para después de su muerte, se tratará de una donación entre vivos, si bien la ejecución de la donación y la tradición de dichos bienes se difieren hasta la muerte del donante. Así lo afirma Gama (Decis. 103, núm. 3 y 4, y Decis. 143), con otros autores que cita.

Cuando la donación se haya hecho absolutamente, sin mención alguna de la muerte, se considerará la donación hecha entre vivos, no sólo si ha sido hecha por una persona sana y que no tema peligro alguno inmediato de muerte, sino incluso aunque haya sido otorgada por una persona gravemente enferma o que se halle en peligro grave de muerte, y de quien se crea verosímilmente que hizo la donación por el temor de ella. Así lo prueba la *l. Seia, párr. último* al final, *ff. de mortis causa donat.,* donde se dice: "El que dona absolutamente, no dona por causa de muerte, aunque done muriendo." Está de acuerdo la *l. Seia* y su glosa, *ff. de dote prael.,* afirmándolo la glosa a la *l. apud Celsum, párr. Julian., verb. spopondisset, ff. de doli mali exceptio.,* Bártolo y la opinión común de los autores, citada y seguida por Julio Claro (*párr. donat.,* q. 4, núm. 2 y 3), Antonio Gómez (*Var. Resol.,* II, cap. 4, núm. 15), Gregorio López (l. ult., tit. 4 de la Partida V) y Gutiérrez (*De iuram. confirm.,* cap. 11, núm. 18). Pero con razón Julio Claro (núm. 3 cit.) cree que esta doctrina debe limitarse en el caso de que la donación se haya hecho por testamento o codicilo, sin que el donatario la haya aceptado, ni tampoco persona alguna de las que en Derecho pueden estipular y aceptar a nombre de otros; pues entonces la donación tendrá el carácter de legado, pudiendo revocarse.

Cuando en la donación se mencione la muerte por decir el donante, v. gr., después de mi muerte o cuando muera, te

dono tal o cual cosa; o si muero en tal enfermedad, o en esta guerra, o en el viaje, etc., se considerará la donación por causa de muerte, como afirman los doctores citados. Y en la duda, siempre que se haga mención de la muerte, deberemos inclinarnos a reputar la donación hecha por causa de muerte y no entre vivos.

Manuel de Acosta (*Select. interpr.*, lib. I, cap. 18, número 1), de acuerdo con Alejandro y muchos otros a quienes cita, cree que si tal donación se hubiera hecho ante dos testigos únicamente, deberá reputarse hecha entre vivos, difiriéndose únicamente la ejecución hasta la muerte del donante; ya que, siendo necesarios para la validez de la donación por causa de muerte al menos cinco testigos, como veremos en la disputación siguiente, para evitar su invalidez deberá presumirse que la mención de la muerte no se refiere a los efectos de suspender la confirmación hasta entonces, sino únicamente la ejecución. Respecto a todo lo dicho en este último párrafo, véase Covarrubias (*Rub. de test.*, párr. 3, núm. 25).



DISPUTACION CCLXXXVIII

DE LAS RELACIONES DE LA DONACIÓN POR CAUSA DE MUERTE CON LOS CONTRATOS Y CON LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES

Sumario:

1.—De si la donación por causa de muerte se aproxima más a los contratos o a las últimas voluntades.
2.—De los testigos necesarios en la donación por causa de muerte. Y del Derecho de Castilla en este punto.
3.—En las demás donaciones que se confirman por la muerte, bastan los testigos suficientes para los demás contratos.
4.—La donación por causa de muerte no necesita insinuación, aunque pase de los quinientos sueldos.
5 y 6.—Razones en virtud de las cuales no es necesaria la insinuación en estas donaciones.
7.—Es aplicable aquí la cuarta Falcidia.
8.—Análogamente es aplicable el derecho de acrecer.
9.—Las condiciones imposibles se tienen por no puestas. Es aplicable la caución Muciana.
10.—La capacidad o incapacidad del donatario se regula por el tiempo de la muerte del donante.
11.—Las donaciones por causa de muerte se equiparan, en cuanto a todos sus demás efectos, a los legados.
12.—Distinción entre el legado y la donación por causa de muerte.
13.—Si se dona una cosa designada en particular, sin que se haya celebrado su tradición en vida del donante, el

donatario adquiere su dominio inmediatamente al morir el donante.

14.—De la acción para reclamar la cosa donada por causa de muerte.

15.—Es válida la donación por causa de muerte de todos los bienes.

16.—De si las mujeres casadas pueden donar por causa de muerte en Castilla y Portugal.

17.—De si la donación por causa de muerte será válida entre cónyuges.

18.—Queda anulada la donación por causa de muerte hecha por un deportado, cuyos bienes hayan sido confiscados.

19.—Es válida la donación por causa de muerte dependiente de la voluntad de otra persona.

20.—Por qué razón el hijo de familia, aunque no puede testar de sus bienes adventicios, puede, sin embargo, donarlos por causa de muerte, con autorización paterna.

21.—Hasta qué punto puede donar por causa de muerte el hijo de familia.

22.—En Portugal, el hijo de familia puede donar cualesquiera bienes adventicios, con expresa autorización paterna.

23.—De si será necesario el consentimiento paterno en la donación del hijo por causa de muerte.

24.—Es inválida la donación por causa de muerte hecha por el hijo a su padre, sin más autorización que la de éste.

25.—Para la validez de la donación por causa de muerte de un hijo de familia, es necesario el expreso consentimiento paterno, sin que baste el consentimiento tácito.

26.—*Quid* si el hijo de familia donare por testamento con autorización paterna y por causa de muerte, añadiendo una cláusula, según la cual declara su voluntad de que si el acto no vale como testamento, valga como codicilo o donación por causa de muerte.

27.—Hasta qué punto pueden donar los menores por causa de muerte. Item en Derecho portugués.

28.—De la donación por causa de muerte hecha por un usurero público.

Como dice Julio Claro (*Sentencias, lib. IV, párr. donat.*, q. 5), en otro tiempo hubo una gran disputa entre los autores, sobre si la donación por causa de muerte tiene más puntos de contacto con los contratos o con las últimas voluntades, existiendo partidarios de ambas doctrinas. Mas hoy es ya opinión común que si la donación por causa de muerte se considera en cuanto a su principio o producción, es más bien un contrato que un acto de última voluntad; mas por lo que toca a sus efectos y estabilidad, y en particular a su revocabilidad, es más afín a las últimas voluntades que a los contratos. De aquí deducen los autores, que en su origen y producción le son aplicables a la donación por causa de muerte las normas de los contratos; mientras que respecto a sus efectos y estabilidad deberán aplicarse las normas de las últimas voluntades, siempre que no existan disposiciones peculiares. Tal es la opinión común, citada y seguida por Covarrubias (*Rub. de test.*, part. 3, núm. 1 y 15), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, I, capítulo 3, núm. 16), Julio Claro (q. 5 cit.), Molina (*De primog.*, lib. I, cap. 12, núm. 8 y sig., y, sobre todo, número 16). 1

Dijimos que tales aplicaciones analógicas se harán cuando no existan disposiciones peculiares; y, en efecto, según la primera parte de nuestra regla, debería bastar en estas donaciones la solemnidad requerida para los demás contratos, siendo así que, de acuerdo con la *l. últ., C., de donat. causa mortis* y la l. últ., tít. 4 de la Partida V, se requiere para su validez la presencia de cinco testigos, que es la solemnidad requerida por Derecho común en los co- 2

dicilos; si bien no se exige que sean rogados ni varones, como vimos en la disp. 131. Las personas que pueden hacer testamento ante menos de cinco testigos, podrán también donar por causa de muerte con dicha solemnidad, ya que lo que se tolera en los testamentos, se permite también en la donación por causa de muerte y en el codicilo, según la *l. Marcellus, in princ., ff. de mortis causa*. Observa, no obstante, Covarrubias (*Rub. de test.*, part. 3, núm. 21), con Bártolo y otros autores, que aunque una ley haya hecho alguna dispensa del número de testigos en los testamentos, no podrá admitirse una dispensa exactamente proporcional en las donaciones por causa de muerte; y así, si en algún caso se remitieran dos de los testigos en testamento, no se puede decir que la donación por causa de muerte se pueda otorgar ante tres solamente, sino únicamente que cuando una persona pueda testar ante menos de cinco testigos, podrá ante los mismos otorgar un codicilo o donar por causa de muerte. En cambio, el aumento en el número de los testigos o de otra solemnidad cualquiera en los testamentos, no supone otro tanto en la donación por causa de muerte, como dice el mismo Covarrubias.

De la doctrina expuesta deduce Covarrubias (loc. cit.) y Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 16), que actualmente en Castilla, si interviene un notario, bastarán para la donación por causa de muerte tres testigos, vecinos del lugar en que se otorgue, por ser ésta la solemnidad requerida hoy en dicho Reino, lo mismo en los codicilos que en los testamentos abiertos, según vimos en las disp. 127 y 131.

3 Molina (*De primog.*, lib. I, cap. 12, núm. 17) observa rectamente que si bien en la donación por causa de muerte son necesarios cinco testigos, después de promulgada la *l. últ., C., de donat. causa mortis*, esto no es aplicable a las demás donaciones que se confirman por la muerte del donante, siendo, por tanto, válidos los mayorazgos instituídos en esta forma, bastando los testigos requeridos normalmente para la validez de los contratos. La razón es que si bien todas estas donaciones se computan entre las últimas voluntades respecto a sus efectos y estabilidad, en cambio, por lo que toca a su principio y producción, siguen las normas de los contratos. Luego aunque la *l. últ. cit.* haya establecido en particular que la donación por causa de muerte requiera cinco testigos, ello no ha de extenderse a las restantes donaciones que se confirman por la muerte, a no ser cuando se disponga en particular respecto a cada una de ellas, exceptuándolas de la regla general de los contratos.

Otra disposición peculiar de las donaciones por causa 4
de muerte es lo que establece la *l. últ., C., de donat. causa mortis*, según la cual no precisan insinuación, aunque excedan el valor de quinientos sueldos, lo mismo que ocurre en los legados. Vemos, pues, que aunque las donaciones tienen la norma general de necesitar insinuación en cuanto al exceso de dicha suma, aquí no ocurre así en virtud de una disposición peculiar, por analogía con los legados. Confírmase que es una excepción propia de las donaciones por causa de muerte, por cuanto las demás donaciones, aunque se confirmen únicamente a la muerte del donante, necesitan insinuación. Por lo que la *l. donationes quas parentes, C., de donat. inter virum et uxorem*, establece de un modo manifiesto que en las donaciones hechas por los padres a sus hijos y por un cónyuge a otro, que no se confirman hasta la muerte del donante, es necesaria la insinuación en cuanto al exceso por encima de quinientos sueldos; mientras que si son confirmados en la última voluntad del donante, valdrán también en cuanto al exceso, pero en concepto de legados. Lo cual afirma la opinión común de los autores, citada y seguida por Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 18), digan lo que quieran algunos pocos autores, citados por el mismo Gómez (ibíd.), que interpretan dicho texto en sentido contrario.

De aquí se deduce, en primer lugar, que yerra Anto- 5

nio Gómez (loc. cit.) al deducir de aquí que si la donación por causa de muerte no necesita insinuación, es por equipararse, en cuanto a su confirmación y efectos, a los actos de última voluntad. En efecto, el fundamento no es éste, sino un peculiar privilegio del Derecho que la exceptúa de la regla general de las demás donaciones. Por lo cual no ha de extrañar que se equivoque también al explicar el motivo de que se exija, en cambio, la insinuación en las donaciones de los padres a sus hijos y de los maridos a sus esposas, al revés de lo que ocurre en la donación por causa de muerte.

6 Se deduce, en segundo lugar, que Molina se equivoca (*De primog.*, cap. 8, núm. 21), al afirmar que no es necesaria la insinuación en el mayorazgo instituído por contrato revocable, que, según él, se equipara a las últimas voluntades. Ya que no puede equipararse más a éstas que la donación de los padres a sus hijos, o de un cónyuge a otro, la cual ya vimos que necesita insinuación. El verdadero fundamento de que en este caso no sea necesaria la insinuación, es el que expusimos en la disp. 279, al afirmar, de acuerdo con el mismo autor, que los mayorazgos instituídos por contrato irrevocable no necesitan insinuación. Ya que con mayor razón nos harán admitir que los mayorazgos instituídos por contrato revocable no tendrán necesidad de ella.

7 Es aplicable a la donación por causa de muerte la cuarta Falcidia, lo mismo que en los legados, como consta por la *l. cum pater. párr. eorum, ff. de la leg.*, 2; *l.* 1, *párr. si quis mortis, ff. quorum legator; l. ubi ita*, al final, *ff. de mortis causa donat.; l. si mortis* y *l. penúlt., C., ad leg. Falcidiam*, y *l.* 2, *C., de donat. causa mortis;* afirmándolo Bártolo y la opinión común citada y seguida por Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4), Covarrubias (*Rub. de test.*, parte 3, núm. 20). Este último cree, de acuerdo con Juan Aníbal, que deberá limitarse al caso de que la donación por causa de muerte se haga por testamento o codicilo, pero no

cuando se haga de otro modo. No obstante, los textos y los demás autores hablan en general, por lo que creo debe rechazarse tal limitación, En efecto, la Falcidia ha de restarse de las donaciones entre marido y mujer, al confirmarse por la muerte del donante, según la *l. in donationibus, C., ad leg. Falcid.* Y lo mismo en las demás donaciones que se confirman por la muerte, como consta suficientemente por la razón alegada en la misma ley, afirmándolo la glosa a la Auténtica *ex testamentis, C., de donat., ver. donatorum*, y otras, con Bártolo y la opinión común, citada y seguida por Molina (*De primog.*, lib. I, cap. 12, número 10).

También es aplicable a la donación por causa de muer- 8
te el derecho de acrecer, cuando se haya hecho una donación a dos personas, lo mismo que ocurre en los legados. Lo cual consta por la *l. unica, párr. ubi autem legatarii* y *párrafo hac autem omnia, C., de caduc. tollend.*, afirmándolo, con Baldo, Antonio Gómez (núm. 17 cit.).

Análogamente, en la donación por causa de muerte y 9
en las demás donaciones revocables, la condición imposible se tiene por no puesta, lo mismo que en las últimas voluntades, según vimos en la disp. 285, tesis segunda. También es aplicable la caución Muciana, cuando la donación por causa de muerte y las demás donaciones revocables se hayan otorgado bajo condición potestativa negativa, como vimos en la misma disputación, tesis cuarta.

Finalmente, en la donación por causa de muerte, la ca- 10
pacidad o incapacidad del donatario se regulan por el tiempo de la muerte del donante, y no por el momento de otorgarse la donación, como establece la *l. mortis causa, ff. de causa mortis donat.*, afirmándolo su glosa. Lo mismo ocurre en los legados, según la *l. non intelligitur, párr. quando, ff. de iure fisci; l. intervenit, ff. de legat. prestand.; l. si deportati, in princ., ff. de leg.* 3, y otros textos legales. Del mismo modo, la capacidad para donar por causa de muerte y para hacer legados de parte del donante se

regula por el tiempo de su muerte, con tal que el legado se haga por codicilo y no por testamento, como establece respecto a los legados la *l.* 1, *párr. sed si filius, ff. de legat.*, 3. Y lo mismo ocurre en la donación por causa de muerte, como establece la citada glosa.

11 Por tanto, como quiera que en todas las cuestiones que hemos venido enumerando y en algunas otras, la donación por causa de muerte se halla equiparada a los legados, en virtud de especiales disposiciones del Derecho, se ve la razón que tuvo la *l. últ., C., de donat. causa mortis*, y la Instituta, de *donat.*, *in princ.*, *vers. haec mortis causa*, para decir que las donaciones por causa de muerte han sido reguladas en general a ejemplo de los legados, siendo, por tanto, más análogas a éstos que a los contratos, aunque en cierto modo estén entre los legados y las donaciones entre vivos. Por lo que si los autores a que hicimos referencia en el principio de esta disputación entendieron que las donaciones por causa de muerte se aproximaban más que a los contratos a las últimas voluntades, en virtud de especiales disposiciones del Derecho, es completamente cierta su opinión, sufragada expresamente por los dos textos citados.

12 Por lo que toca a la segunda parte de la regla propuesta, hallamos también esta diferencia específica establecida por el Derecho entre la donación por causa de muerte y los legados: que los legados no se confirman más que en virtud de la adición de la herencia por alguno de los herederos instituídos en el téstamento, hasta el punto de que si ninguno de ellos adese la herencia, perecerían los legados, como vimos en la disp. 181, exceptuando únicamente algunos casos que allí enumeramos, y el Derecho de Castilla, que no exige tal requisito. En cambio, la donación por causa de muerte se reputa absolutamente confirmada por el mero hecho de la muerte del donante, de modo que aunque nadie reclame la herencia, podrá el donatario pedir que se nombre un curador de los bienes del difunto y exigir a éste

la cosa donada, cuando el donante no se la hubiera entregado en vida. Y si los herederos abintestato se hacen cargo de dichos bienes, deberán igualmente entregarle su cosa. Así lo afirma la glosa a la *l. post. legatum, párr. qui mortis, verb. legatario, ff. de his quibus ut indignis*, de acuerdo con el texto correspondiente; y con Bártolo, la opinión común de los autores, citados y seguidos por Covarrubias (*Rub. de test., part.* 3, núm. 22), Julio Claro (q. 5 cit., número 2), Molina (*De primog.*, lib. I, cap. 12, núm. 14), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 16, párr. 3). No obstante, esta diferencia habrá de entenderse como aplicable solamente cuando la donación haya sido aceptada, al menos por alguna de las personas que pueden hacerlo a nombre del donatario; pero no cuando se haya hecho sin tal aceptación por testamento o codicilo; pues entonces tiene en absoluto el vigor y naturaleza propios de un legado, como vimos en la disputación anterior.

Unida a la diferencia que acabamos de establecer entre 13 la donación por causa de muerte y el legado, va esta otra: que si se ha donado una cosa designada en particular, pero sin celebrar su tradición en vida del donante, de modo que su dominio haya pasado al donatario en vida de aquél, conforme a lo que dijimos en la disputación anterior, por el mero hecho de morir el donante adquiere el donatario su propiedad, sin depender para nada de la adición de la herencia, como se deduce de la *l.* 2 y *l.* 1, *ff. de Publiciana*; y afirmándolo así la opinión común de los autores, citada y seguida por Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, número 17 in princ.) y Covarrubias (*Rub. de test.*, part. 3, número 15). En cambio, la propiedad de los legados depende de la adición de la herencia, entendiéndose que al celebrarse la adición, por una ficción del Derecho, el dominio se ha transmitido ya al morir el testador, como hemos explicado en la disputación 181 y otros lugares.

Ahora podremos ya explicar fácilmente la acción deri- 14 vada de la donación por causa de muerte. En efecto, si en

vida del donante se ha celebrado ya la tradición de la cosa donada, transfiriendo, por lo tantó, su dominio y posesión, no será necesaria acción alguna, como rectamente dice Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4 ,núm. 16). Si, por el contrario, no se ha celebrado la tradición, pero la cosa donada se ha designado en particular, como quiera que, según lo que acabamos de decir, la propiedad de la cosa se transmite por el mero hecho de la muerte del donante, podrá ejercitar la reivindicación, sin perjuicio de las acciones de que hablaremos a continuación. Si lo donado es una cosa designada en la especie o en el género, pero indeterminada en el individuo, si ha habido estipulación, aunque la donación se haya hecho por testamento o codicilo, podrá ejercitarse la acción propia del contrato verbal y, además, la condicción, según la *l. si quis argentum, C., de donat.* Si no ha habido estipulación, pero sí un pacto nudo, podrá ejercitarse únicamente la condicción, de acuerdo con la *l. si quis argentum*. En cambio, no podrá ejercitarse la acción hipotecaria, que se concede en los legados, pues, como dice Covarrubias (loc. cit.), nada dice el Derecho a este respecto. Finalmente, si la donación se ha hecho en testamento o codicilo, sin estipulación ni pacto nudo, tendrá carácter de legado, pudiendo, por tanto, ejercitarse las acciones propias de éste. Véase lo que dice Covarrubias sobre todo ello (*Rub. de test.*, part. 3, núm. 16 y 17).

15 Para no tener ya que volver a la segunda parte de la regla propuesta, diremos que es válida la donación por causa de muerte de todos los bienes presentes y futuros, por cuanto al ser libremente revocable esta donación, no priva de la facultad de testar, lo cual afirmamos ya en la disputación 280, de acuerdo con la opinión común de los autores.

16 Volviendo ahora a la primera parte de nuestra regla, diremos que de ella se deducen algunas conclusiones. Primera, que si bien por Derecho común las mujeres casadas podían celebrar contratos sobre sus bienes parafernales,

cuya administración tenían, como quiera que en estos Reinos de Portugal y Castilla no influyen para nada en la administración de sus bienes, a no ser que en virtud de algún pacto especial se reserven a la vez, su dominio y administración, lo cual es rarísimo, correspondiendo toda la administración a sus maridos, es evidente que así como en dichos Reinos no pueden contratar, a no ser con autorización del marido, según las l. 54 y 55 de Toro (l. 1 y 2, título 3, lib. V de la Nueva Recopilación), y dan por supuesto las Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tít. 6, siendo practicado de hecho, tampoco pueden donar por causa de muerte, ya que estas donaciones, en cuanto a su producción y origen, siguen las normas de los contratos, y no las de las últimas voluntades. Así lo afirman el Panormitano y la opinión común de los autores, respecto a los países en que las mujeres casadas no pueden contratar, afirmándolo en particular Covarrubias (*Rub. de test.*, núm. 12), Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 19, párr. 4), Molina (*De primog.*, lib. II, cap. 9, núm. 4) y Gutiérrez (*De iuram. confirm.*, cap. 13, núm. 4, 7, 8 y 9), y diga lo que quiera Navarro (lib. III, *Consil.*, tít. 24, cons. 3) en contrario.

Se plantea la cuestión de si será o no válida la dona- 17
ción por causa de muerte entre cónyuges. Covarrubias trata este punto con cierta obscuridad (*Rub. de test.*, part. 3, números 2 y sig.). Yo, siguiendo a Manuel de Acosta (*párrafo si pater, part.* 1, *verb. legavit.*, núm. 1 y sig.), trataré brevemente la cuestión. En primer lugar, afirmaremos que la donación entre vivos hecha entre cónyuges no se confirma ordinariamente hasta la muerte del donante, como veremos en la disputación siguiente. Se confirmará por la muerte del donante cuando haya precedido la tradición de la cosa donada, pues si ésta no ha tenido lugar, será absolutamente nula, no confirmándose ni aun por la muerte del donante, según la *l. Papinianus, ff. de donat. inter virum et uxorem*, y *l.* 2, con su glosa, *C., de dote cauta non nu-*

merata, como veremos en la disputación siguiente. Por el contrario, la donación por causa de muerte hecha entre cónyuges, lo mismo si ha precedido la tradición que si no se ha celebrado, haciéndose únicamente por promesa, será válida, confirmándose por la muerte del donante, lo mismo que cualesquiera otras donaciones por causa de muerte, como consta por la *l. cum servum, párr. últ.*, *l. sed interin, párrafo sed quod, ff. de donat. inter virum et uxorem* y otros textos legales. Así lo afirman Antonio Gómez (Ad l. 50 de Toro, núm. 66), Manuel de Acosta (*ubi supra*) y la opinión común de los autores. De modo que si uno de los cónyuges dona al otro una cosa determinada en particular, el donatario adquiere su propiedad, por lo mismo que la donación se confirme por muerte del donante, como dijimos anteriormente de la donación análoga entre otras personas. Véanse los autores que Manuel de Acosta cita en defensa de esta doctrina.

Y aunque uno de los cónyuges entregue al otro la cosa que le dona por causa de muerte, su dominio no pasa al donatario, sino que permanece en el donante mientras viva, como establece la *l. interim cit.*, *in princ.*, afirmándolo Manuel de Acosta (loc. cit., núm. 5), y Covarrubias (*ubi supra*, núm. 4). Por tanto, cuando la *l. ubi ita donatur, ff. de mortis causa donat.*, afirma que la donación que tenga la forma de donación por causa de muerte, será inválida si se realiza por uno de los cónyuges con el pacto de no poderse revocar en modo alguno, siendo así que la misma ley establece que tal donación tendrá el carácter de donación entre vivos cuando se celebre entre otras personas, creemos que o bien dicha ley fué dada en el tiempo en que la donación entre cónyuges, hecha entre vivos, no se confirmaba ni aun por la muerte del donante, según lo que diremos al principio de la disputación siguiente, o que se refiere únicamente al pacto añadido, por oponerse a la substancia de la donación entre cónyuges, lo mismo si se hace entre vivos que por causa de muerte, siendo nulo, sin duda alguna, dicho pacto, como establece la *l. cum precario, ff. de precario*, por lo que se tendrá por no puesto. Y si se nos objetare con la *l. mortis, in princ., ff. de donat. inter virum et uxorem*, donde se establece que será inválida la donación por causa de muerte hecha por el suegro al yerno o a la nuera, por el matrimonio existente entre el donatario y el hijo o la hija del donante, responderemos que el mismo texto explica la razón de dicha invalidez, ya que el suegro se equipara al hijo o a la hija, por cuya razón se dona a la nuera o al yerno, negándose el Derecho a confirmar esta donación por muerte del donante mientras persevere el matrimonio; siendo muy diferente el caso de uno de los cónyuges que dona al otro, por cuanto el matrimonio se disuelve por su propia muerte. Y esto únicamente es lo que pretende la célebre glosa a la *l. 2, in princ., verb. legatum, ff. de dote praelegata*, afirmándolo Manuel de Acosta (loc. cit. núm. 8).

La donación por causa de muerte hecha a cualquier per- 18
sona queda anulada por el mero hecho de la deportación o condenación a pena más grave del donante, que suponga confiscación de sus bienes, como establece la *l. si aliquis, ff. de mortis causa donat.*, afirmándolo, entre otros, Molina (*De primog.*, lib. IV, cap. 11, núm. 22). El cual añade, no obstante con razón, que el mayorazgo instituído por donación revocable entre vivos no se extingue por la deportación del donante. Pues si bien las donaciones por causa de muerte expiran por la deportación o por condenación a pena más grave, se ha exceptuado, en primer lugar, la donación hecha a la esposa entre vivos, si se ha celebrado la tradición, y ni la donación ni la tradición se han otorgado en previsión de la pena, perteneciendo, por tanto, los bienes donados a la mujer y no al fisco; si bien el marido conserva la facultad, mientras tenga vida natural, de revocar dicha donación, lo mismo que si no hubiera sido condenado a tal pena. Así lo establece la *l. res uxoris, C., de donat. inter virum et uxorem.*

También se ha establecido que la donación por causa de muerte análogamente hecha a la esposa, sin previsión de la pena, sea válida, sin que se revoque por la deportación o condena a pena más grave, pudiendo libremente el marido revocarla mientras tenga vida natural, como dijimos respecto a la donación entre vivos. Así consta por la *l. sed si mors, in princ., ff. de donat. inter virum et uxorem*. Manuel de Acosta (loc. cit., núm. 6) cree que la donación por causa de muerte hecha a la esposa es únicamente válida en caso de deportación cuando haya precedido la tradición. Pero yo creo que no es necesaria, pues la *l. sed si mors* habla en general de la donación por causa de muerte hecha a la esposa, y donde la ley no restringe, tampoco nosotros debemos restringir, siendo válida la donación por causa de muerte entre cónyuges sin necesidad de tradición.

Obsérvese que la ley citada dice que tal donación por causa de muerte queda confirmada por la deportación del marido, de donde se deduce, y así lo afirma Covarrubias (loc. cit. núm. 4), que el dominio de la cosa donada se transmite por dicha condena a la esposa, siendo así que tal dominio es revocable, por cuanto el marido, mientras tenga vida natural, podrá revocar la donación, por lo que añade dicha ley que la confirmación plenísima de la donación es la muerte natural del deportado. El texto de la ley es el siguiente: "Es humano que la donación hecha en un principio por causa de muerte, quede confirmada lo mismo que si el marido hubiera muerto, si bien no puede negarse al marido el derecho a revocarla, por lo que deberá esperarse su muerte para que tenga plenísima firmeza, por cuanto podrá ser absuelto y retornar, y también ser de nuevo castigado".

Obsérvense dos cosas: primera, que en los casos en que vimos (disp. 9) que actualmente, y en particular por Derecho de Portugal y Castilla, los bienes de estos condenados no pasan al fisco, pudiendo disponer de ellos por testamento, las donaciones por causa de muerte hechas a cualquier persona no se extinguirán por su deportación u otra grave pena.

En segundo lugar, cuando uno de los cónyuges haya donado y entregado al otro la cosa donada, lo mismo si la donación es entre vivos que por causa de muerte, al producirse la muerte del donante se retrotrae la donación al tiempo de la entrega, no ciertamente en cuanto a la propiedad, ya que ésta empieza únicamente al morir el donante, como ya vimos, sino en cuanto a los frutos, que pertenecen al donatario desde el momento de la tradición. Así consta por la *l. donationes quas parentes* y su glosa, *verb. referatur, C., de donat. inter virum et uxorem* y *l. cum pater, párr. pater filiae*, al final, *ff. de leg.*, 2, afirmándolo la opinión común de los autores, citada y seguida, entre otros, de los cuales hablaremos en la disputación siguiente, por Covarrubias (*Rub. de test.*, núm. 5).

De la misma parte primera de la regla propuesta, se de- 19
duce en segundo lugar la validez de la donación por causa
de muerte, que se haga depender de la voluntad de otra per-
sona; por ejemplo: Te dono cien escudos para después de mi
muerte, si Pedro está conforme. En efecto, son válidos los
contratos que se hacen depender, a manera de condición, de
la voluntad de otro; y ya vimos que estas donaciones siguen,
en cuanto a su origen y producción, las normas de los con-
tratos, cuando no exista alguna disposición peculiar del De-
recho. Por tanto, será válida tal donación aunque lleve dicha
condición. Así lo afirma Manuel de Acosta (*Select. interpr.*,
libro I, cap. 11, núm. últ.), apoyándose en la *l. tam. is, párra-
fo último, ff. de mortis causa*, y sus glosas.

Basándose en la misma parte de nuestra regla quisieron 20
numerosos autores explicar la razón de que el hijo de fami-
lia que no puede disponer por testamento de sus bienes ad-
venticios, aunque tenga su usufructo y administración, pue-
da, en cambio, donarlos por causa de muerte con autoriza-
ción paterna, como consta por la *l. tam is, párr. últ., ff. de
mortis causa donat.*, y l. últ., tít. 4 de la Partida V. Pero con

razón Covarrubias (*Rub. de test.*, part. 3, núm. 6 y sig.) y otros rechazan esta explicación. Pues, como vimos en la disputación 261, el hijo de familia puede contratar sin el consentimiento paterno respecto a dichos bienes, cuando tenga su usufructo y administración. En la misma disputación hemos tratado de hasta qué punto se requiere el consentimiento paterno cuando el padre tenga su usufructo, y, en general, hasta qué punto puede contratar el hijo de familia, y queda ligado por sus contratos. Por tanto, el que pueda donar por causa de muerte, pero sólo con autorización paterna, siendo así que no puede testar ni aun contando con ésta, por Derecho común, procede de una peculiar disposición del Derecho y no de la doctrina expuesta en la regla en cuestión.

21 Poco más hay que decir sobre esta materia. Ya vimos en la disp. 138, que el hijo de familia, siendo púber, puede testar de su peculio castrense o cuasi castrense sin necesidad de autorización paterna, y, por tanto, donar por causa de muerte, de estos mismos peculios: ya que, como vimos al principio de la disp. 136, el que puede testar puede también donar por causa de muerte, según consta por la *l. Marcellus, in princ., ff. de mortis causa donat.* Por tanto, como quiera que hoy, por Derecho de Castilla, el hijo de familia púber puede libremente disponer por testamento de la tercera parte de sus bienes adventicios, como vimos en la disp. 238, podrá análogamente donar por causa de muerte dicho tercio en Castilla sin necesidad de autorización alguna, como afirma rectamente Molina (*De primog.*, lib. I, cap. 9, núm. 19), con otros autores que cita.

22 Si bien por Derecho común y de Portugal el hijo de familia púber no puede disponer por testamento de sus bienes adventicios, ni aun con autorización paterna, aunque tenga su usufructo y administración, lo cual demostramos en la disp. 138, podrá, no obstante, en virtud del consentimiento expreso del padre, donar cualesquiera bienes adventicios, como consta en los dos textos anteriormente citados, y dijimos en la misma disputación y al principio de la disp. 136, afirmándolo la opinión común de los autores, citada y seguida por Covarrubias (núm. 6 cit. y sig.) y Julio Claro (*párr. donat.*, q. 6, núm. 3 y 4). Pero no podrá hacerlo sin expreso consentimiento paterno, como afirma la opinión más común entre los autores, citada y seguida por los mismos.

Plantéase la duda de si es necesario el consentimiento 23
paterno en la donación del hijo por causa de muerte, por tratarse de intereses del padre, a quien pertenece el usufructo; o si más bien se exige como una solemnidad necesaria para la validez. Y aunque algunos afirmaron que la razón era la primera, es la opinión más común y más cierta la que, de acuerdo con la glosa al *párr. necessitate, C., de bonis quae liber.*, siguen y citan Covarrubias (núm. 6 y 7 cit.) y Julio Claro (*ubi supra*, núm. 5), afirmando que lo importante es la segunda causa. Lo cual puede confirmarse, por cuanto es igualmente necesario el consentimiento paterno cuando el usufructo y la administración de tales bienes pertenecen al hijo, siendo así que entonces no se puede perjudicar al padre.

De aquí deducen los autores citados, de acuerdo con la 24
glosa últ. a la *l.* 1, *in princ., ff. de autor. et cons. tut.*, y la opinión común de los autores, que ellos citan, la invalidez de la donación por causa de muerte, hecha por un hijo a su padre sin más autorización que la de éste, ya que nadie puede autorizar únicamente para su propio provecho, como consta en la l. 1, *in princ.*, y *l. pupillus, in princ., ff. de autor. et cons. tut.*, por lo que será necesaria la intervención judicial para la validez de esta donación.

Con el mismo fundamento deduce Julio Claro (loc. cit., 25
núm. 6), con otros autores que él cita, que es necesario el consentimiento expreso del padre, sin que baste el consentimiento tácito; ya que cuando se exige un consentimiento como solemnidad necesaria para la validez de un acto, ha de ser expreso, sin que baste el tácito.

Otra duda es si cuando un hijo de familia done por tes- 26
tamento con autorización paterna y por causa de muerte, añadiendo una cláusula, según la cual si el acto no vale como

testamento, deba valer al menos como codicilo o como donación por causa de muerte; si tendrá o no efectos dicha cláusula. Julio Claro (q. 5 cit., núm. 8) y Covarrubias (*ubi supra,* núm. 10), y otros autores que ellos citan distinguen óptimamente: que o bien tal donación por causa de muerte se ha otorgado mediante estipulación con el donatario, o al menos su aceptación, en todo caso por alguna de las personas que puede hacerla en su nombre, de tal modo que haya adquirido el carácter de nudo pacto (al menos en virtud del consentimiento tácito del donatario, que estando presente en el acto de la donación haya guardado silencio); o bien no ha habido ni estipulación, ni siquiera aceptación.

En el primer caso, afirman que será válida tal donación, supuesta la cláusula que expresamente declare su carácter de donación por causa de muerte. Lo mismo afirman en el caso de que se ponga una cláusula declarando que si el acto no valiere como testamento, valga al menos como cualquier otra disposición de última voluntad; ya que, para lograr la validez del acto, tales palabras han de entenderse en sentido amplio, incluyéndose la donación por causa de muerte entre las últimas voluntades en sentido lato. Y yo creo que aunque no exista cláusula alguna, será válida tal donación, por ser un verdadero contrato incluído en el testamento, y legítimamente celebrado; por lo que, si bien el testamento será inválido, ya que el hijo de familia no puede testar, ni aun con el consentimiento paterno, valdrá, no obstante, un contrato legítimamente celebrado e incluído en un testamento nulo.

En cambio, en el segundo supuesto, no existiendo verdadera donación por causa de muerte, sino un mero legado incluído en un testamento inválido, creo que aunque exista la cláusula en cuestión, carecerá de todo valor, ya que el hijo de familia no puede testar ni dejar legados, ni aun en virtud de autorización paterna.

27 También se deduce de la primera parte de la regla propuesta, que si bien el púber menor de veinticinco años que no sea hijo de familia y que tenga curador, puede hacer tes-

tamento, incluso contra la voluntad de éste, si hace una donación por causa de muerte sin la autorización del curador, será nula. E incluso lo será con dicha autorización si se refiere a bienes inmuebles o a los demás que no se pueden enajenar sin autorización judicial, de acuerdo con lo que dijimos en la disp. 224, de no intervenir dicho decreto judicial.

Si no tuviere curador, por haber obtenido la venia de edad, la donación por causa de muerte de cosa mueble que haga, será válida, del mismo modo que lo es cualquier otro contrato relativo a dichos bienes hecho por el menor en cuestión, de acuerdo con lo que dijimos en la disp. 224.

La primera parte de nuestra tesis es afirmada por la opinión común de los autores, extensamente referida y seguida por Gutiérrez (*De iuram. confirm.,* part. 1, cap. 13) y Molina (*De primog.,* lib. II, cap. 9, núm. 9). No suele darse otra confirmación que el carácter contractual de la donación por causa de muerte en cuanto a su origen y validez; según lo cual, el que no pueda válidamente contratar sin autorización del curador, no podrá tampoco donar por causa de muerte sin dicho requisito. De donde se deduce que la regla según la cual el que puede testar puede donar por causa de muerte, ha de entenderse con tal que no sea un incapaz para contratar, ya sea en absoluto, ya sea cuando falten algunos requisitos.

Por testamento o codicilo no hay duda que el mismo menor podrá donar por causa de muerte, sin estipulación ni aceptación del donatario, aunque no intervenga la autorización del curador ni el decreto judicial, ya que tal donación es más bien un legado que una donación por causa de muerte, como vimos anteriormente. Y yo creo que por epikeya la donación con estipulación o aceptación, hecha por testamento o codicilo, será válida sin necesidad de tradición de la cosa donada. Ya que si se hubiese interrogado sobre este punto a los legisladores, cuando promulgaron estas leyes que otorgaron el poder de testar a dichos menores, no dudo que hubieran contestado afirmativamente.

Ha de observarse también que si estos menores donan por causa de muerte fuera de testamento, entregando o no la cosa, si confirman la donación por juramento prometiendo tenerla siempre por firme y rata, sin revocarla jamás, no sólo donan válidamente, sino que esta donación se considera como hecha entre vivos, de acuerdo con lo dicho en la disputación anterior; ya que los contratos de los menores que serían inválidos por falta de solemnidad, se convalidan al ser confirmados por juramento, como vimos en la disp. 149. Exceptúase en Portugal el juramento puesto sin autorización real, de acuerdo con lo dicho en el mismo lugar.

Lo mismo cabe afirmar de la donación por causa de muerte hecha en los Reinos de Portugal y Castilla por la esposa sin autorización de su marido, si va confirmada por juramento. Con la única excepción de que si se donase una cosa cuya administración perteneciese al marido durante el matrimonio, no se podría entregar al donatario, mientras dure aquél, sin la autorización material, por ser esto en perjuicio e injuria del marido.

28 Respecto a la validez de las donaciones por causa de muerte hechas por un usurero público, en el caso en que, según el *cap. quamquam, de usuris, lib. VI,* se declare nulo su testamento, nosotros hemos sostenido la negativa en la disputación 138, como más piadosa, y por cuanto por epikeya no hay duda que ésta fué la intención de Gregorio X y del Concilio Lugdunense, de acuerdo con la glosa al canon citado y la opinión más común entre los autores. Véase lo que allí dijimos.



DISPUTACION CCLXXXIX

DE LAS DONACIONES ENTRE LOS CÓNYUGES

Sumario:

1.—En Portugal y Castilla, la administración de todos los bienes de la esposa corresponde al marido.

2.—En el Derecho antiguo, normalmente se declara nula la donación entre cónyuges.

3.—De las donaciones entre cónyuges hechas antes de la consumación del matrimonio.

4.—Para que la donación entre cónyuges se confirme por la muerte del donante, es necesario que antes de dicho óbito se haya celebrado la tradición, al menos fingida.

5.—Para la confirmación de estas donaciones por muerte del donante, basta la tradición por cláusula de constituto, o cualquier otro acto fingido.

6.—La donación hecha por la esposa al marido se confirma por la muerte civil de aquélla, sin que la cosa donada pertenezca al fisco, sino al esposo.

7.—Cuando no haya tenido lugar la insinuación, la donación entre vivos, hecha por un cónyuge al otro, sólo se confirma a la muerte del donante en cuanto a la cantidad que se puede donar sin insinuación, pero no en cuanto al exceso.

8.—Cuando la donación entre vivos hecha por un cónyuge al otro se confirma por muerte del donante, se retrotraen sus efectos, en cuanto a la propiedad de los frutos, al tiempo de la tradición.

9.—En las donaciones entre cónyuges se transmite el do-

minio de la cosa donada, por el mero hecho de la muerte del donante, independientemente de la adición de la herencia.

10.—En las donaciones entre cónyuges interviene la cuarta Falcidia.

11.—De ciertos casos en que la donación por causa de muerte entre cónyuges no se confirma por muerte del donante.

12.—La donación se considera tácitamente revocada por la separación de los cónyuges.

13.—De lo que ha sido establecido en Portugal sobre las donaciones entre cónyuges otorgadas cuando uno de ellos no tenía hijos.

14.—De las donaciones entre cónyuges, según el Derecho de Castilla.

15.—En Portugal, al confirmarse la donación por muerte del donante, si quedan ascendientes o descendientes de éste, podrán revocarla en cuanto sea lesiva para sus legítimas.

16.—En los casos de revocación de la donación entre cónyuges, si el donatario ha consumido la cosa donada, sólo responde de ella en cuanto se haya enriquecido.

17.—Se proponen cinco casos en los que la donación entre cónyuges vale inmediatamente.

18.—En qué sentido se habla de empobrecimiento del donante, lo cual se aclara mediante dos ejemplos.

19.—De si es válida la declaración de la esposa durante el matrimonio, renunciando a los bienes gananciales adquiridos por ambos.

20.—Se proponen algunos ejemplos, en los cuales el donatario no se enriquece, aunque el donante se empobrezca.

21.—Si los ascendientes o descendientes no conservan íntegras sus legítimas, lo que falte para completarlas se tomará del tercio de libre disposición del donante.

22.—La donación de un cónyuge al otro, que de suyo no se confirma sino por muerte del donante, es irrevocable y válida, si va reforzada por juramento.

23.—No obstante lo cual, será nula en Portugal, a no ser que el juramento se haya puesto con autorización real.

TRATAREMOS a continuación de algunas donaciones especiales, comenzando por la donación entre cónyuges. Ya tratamos en la disputación anterior de la donación por causa de muerte y de su validez entre cónyuges. Ahora nos limitaremos a la donación entre vivos. 1

Como quiera que por Derecho común las esposas tenían la propiedad y la administración de sus bienes parafernales, era más frecuente que hoy la donación entre cónyuges, sobre todo en los Reinos de Castilla y Portugal, donde la administración de los bienes de la esposa suele corresponder al marido, haciéndose comunes los bienes de ambos cónyuges, como ocurre en Portugal, o acostumbrándose a entregar al marido la dote estimada, con lo que adquiere su propiedad.

Trataremos en primer lugar de los casos en que tales donaciones se confirman por muerte del donante, y a continuación, de los casos en que se confirma inmediatamente, sin necesidad de esperar dicho óbito.

2 Ha de observarse que en otro tiempo la donación entre cónyuges era generalmente nula, para evitar, entre otras razones, que los cónyuges se despojaran de sus bienes, movidos por el mutuo amor. Así consta por las *l.* 1, 2, 3 y 4 *ff. de donat. inter virum et uxorem*. Posteriormente, como consta por la l. 1 *cum hic status, ff. eod. tít.*, el Emperador Antonino, después de pronunciar un discurso sobre dicha materia en el Senado, estableció que en adelante podría el cónyuge donante revocar la donación mientras viviere; pero si no hiciere uso de esta facultad, quedaría confirmada a su muerte, sin que ya los herederos pudieran revocarla. De este modo, tal donación se diferencia muy poco del legado y de la donación por causa de muerte, siendo lógico que permitidos estos modos de disposición entre los cónyuges, se tolerase tam-

bién aquél. Y este Derecho es el actualmente vigente, como consta por la *l. cum hic status cit.; l.* 1 y 3, *donationes quas parentes, C., de donat.; l. et inter virum et uxorem, párr. últ., eod. tít.;* l. 4, tít. 11 de la Partida IV, y Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tít. 9, in princ.; afirmándolo la opinión común de los autores, citada y seguida, entre otros, por Antonio Gómez (ad. l. 50 de Toro, núm. 64 y 65), Julio Claro (*Sentencias,* lib. IV, q. 9, núm. 1 y 6) y Gutiérrez (*De iuram. confirm.*, part. 1, cap. 3). Véase también Covarrubias (*Rub de test.*, part. 3, núm. 2 y sig.).

3 Aunque Azón y algunos otros a quienes cita Antonio Gómez (l. 50 de Toro, núm. 66 al final) quisieron exceptuar de esta regla la donación hecha entre cónyuges una vez celebrado el matrimonio por palabras de presente, pero antes de consumarse por la cópula, diciendo que tal donación sería inmediatamente válida en absoluto, sin necesitar confirmación por muerte del donante: es notorio que lo contrario ha sido establecido por la *l. penúlt., ff. de donat. inter virum et uxorem,* es decir, que una vez celebrado el matrimonio por mutuo consentimiento y palabras de presente, toda donación entre los cónyupes queda sometida a la regla anterior, declarándolo expresamente las Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tít. 9 in princ. y las Partidas (l. 4, tít. 11 de la Partida IV), lo cual afirman Navarro (*Manual,* cap. 17, núm. 149) y otros, a quienes cita Antonio Gómez (*ubi supra*). Lo mismo cree Navarro respecto a la donación hecha antes de celebrarse el matrimonio por palabras de presente, pero para un tiempo posterior a su celebración, como establece expresamente la *l. cum hic status, párr. si sponsu, ff. de donat. inter virum et uxorem,* y *l. quod sponsa, C., de donat. ante nuptias.* Obsérvese, no obstante, que actualmente, por Derecho de Castilla (l. 52 de Toro), las donaciones hechas a la esposa antes de consumarse el matrimonio son inmediatamente válidas, análogamente a las liberalidades esponsalicias otorgadas antes del contrato de esponsales, del modo que explicaremos en la disputación siguiente.

Obsérvese que para que la donación entre cónyuges se confirme por muerte del donante, es necesario que la cosa donada se haya entregado al donatario, al menos por tradición fingida, antes de dicho óbito, siendo de otro modo absolutamente nula. Así consta por la *l. Papinianus, ff. de donat. inter virum et uxorem,* que como quiera que alude a una disposición del Emperador Severo, es posterior a la *l. cum hic status.* Concuerda con la *l. res uxoris, C., eod. tít.*, que dice: "si la donación del marido se le ha entregado antes del delito", y más adelante: "la donación marital entregada a la esposa antes del tiempo del crimen o delito", refiriéndose claramente a la tradición. Lo mismo prueba la *l. 2, C., si quis alteri vel sibi,* que requiere la tradición para que la donación hecha por el padre a su hijo se confirme por la muerte de aquél, pues existe la misma razón en el caso de las donaciones entre cónyuges. Y así lo afirma con Bártolo la opinión común de los autores, citados y seguidos por Antonio Gómez (ad. l. 50 de Toro, núm. 65, y *Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 23 al final), Julio Claro (q. 9 cit., núm. 6), Covarrubias (*Rub. de test.*, part. 3, núm. 3) y Gregorio López (l. 4 cit.). Diga lo que quiera Azón en contrario. 4

Hemos dicho que basta la tradición fingida, siendo, en efecto, suficiente la cláusula de constituto o cualquier acto fingido bastante para adquirir la posesión civil. Así lo afirma la opinión común de los autores citados y seguidos por Julio Claro y Gregorio López (loc. cit.), de acuerdo con la glosa últ. a la *l. 2, C., de dote cauta non numeratá.* Basándose en cuya ley, como afirman la misma glosa, los autores citados y la opinión común, citada y seguida por Covarrubias (*Var. Resol.*, lib. I, cap. 7, núm. 14), se deduce claramente que se puede considerar como tradición fingida o virtual suficiente, el hecho de que el marido, con ánimo de donar el exceso (que en la duda se presume) haya confesado recibir mayor dote de la que en realidad se le entregó. Como quiera que el marido posee la dote por todo el tiempo que dure el matrimonio, por habérsela entregado la esposa, se entenderá 5

que posee análogamente dicho exceso; y por ello, si el marido no revoca dicha donación mientras viva, quedará confirmada a su muerte, pudiendo la esposa reclamar dicho exceso a los herederos, como expresamente declara la l. 2 cit.

6 En la disputación anterior hemos tratado de que la donación entre vivos hecha por el marido a su esposa, se confirma por muerte civil del marido, perteneciendo la cosa donada no al fisco, sino a la esposa; si bien el marido podrá revocarla mientras tenga vida natural, constando expresamente ambos extremos por la *l. res uxoris, C., de donat. inter virum et uxorem.* Gregorio López (glos. cit.), de acuerdo con otros autores a quienes cita, afirma que si después de la confiscación de los bienes del marido y adjudicada la cosa donada a la esposa, el marido revocare la donación, la cosa no pertenecerá al fisco, ya que éste no tenía derecho a ella al tiempo de la confiscación. Parece añadir también que asimismo la donación hecha por la esposa al marido se confirma por muerte civil de aquélla, perteneciendo la cosa donada al marido y no al fisco. Mas yo lo dudo mucho, ya que la *l. uxoris* cit. sólo se refiere a las esposas, en cuyo favor se hizo tal excepción. Y la razón que da la ley de que tratamos, no tiene lugar en los maridos, al decir: "La donación marital hecha antes del tiempo del crimen o delito, que es a modo de premio por su pudor, deberá respetarse, lo mismo que si el marido muriere naturalmente y no por causa de una pena". Por lo que yo creo que la donación por causa de muerte hecha al marido queda anulada por la muerte civil de la esposa, lo mismo que todas las demás donaciones por causa de muerte que hubiera hecho, con la única excepción de la donación por causa de muerte hecha por el marido a la esposa, que se convalida en virtud de un especial privilegio de las esposas, como vimos en la disp. anterior.

7 Cuando no se haya celebrado la insinuación, la donación entre vivos hecha por un cónyuge a otro sólo se confirma por muerte del donante en cuanto a la suma que se puede donar sin insinuación, pero no en cuanto al exceso, como

vimos en la disp. anterior, y consta expresamente en las Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tít. 9, párr. 1 y en la *l. donationes quas parentes, C., de donat. inter virum et uxorem,* afirmándolo Julio Claro (*Sentencias,* lib. IV, q. 17, núm. 3) y la opinión común de los autores. Mas si fuere confirmada por un acto de última voluntad, como el testamento o codicilo, valdrá también en cuanto al exceso, pero no en concepto de donación, sino de legado, que no necesita insinuación; por lo cual no se retrotrae en cuanto a dicho exceso al tiempo de la tradición, sino que tendrá vigor únicamente desde su confirmación por la muerte, como establece expresamente la *l. donationes quas parentes* cit., afirmándolo la glosa correspondiente, verb. *referatur.*

Como vimos en la disputación anterior, al confirmarse 8
por muerte del donante la donación hecha entre vivos por un cónyuge a otro, se retrotraen sus efectos al tiempo de la tradición; no ciertamente en cuanto a la propiedad, pues aunque se haya celebrado la tradición, el donatario no adquiere el dominio hasta que la donación se confirme por muerte del donante, como consta por la *l. etiam,* y *l. a marito, C., de donat. inter virum et uxorem;* sino únicamente en cuanto a los frutos, como, de acuerdo con la glosa a la *l. donationes quas parentes, verb. referatur,* afirman Bártolo y la opinión común de los autores, citada y seguida por Antonio Gómez (ad. l. 50 de Toro, núm. 65, y *Var. Resol.,* II, cap. 4, número 23), Julio Claro (q. 9 cit., núm. 7) y Gregorio López (glos. cit.) y Covarrubias (*Rub. de test.,* part. 3, núm. 5). Por esta razón, la cosa así donada no empieza a prescribir mientras que la donación no haya sido conformada por muerte del donante, como rectamente observa Gregorio López (loc. cit.).

Como ya vimos en la disp. anterior, cuando la donación no hubiera sido insinuada, pero ha sido confirmada por acto de última voluntad en cuanto al exceso sobre la suma que se puede donar sin insinuación, no se retrotrae en cuanto a los frutos al momento de la tradición, sino que tales frutos

pertenecerán únicamente al donatario desde el momento de la muerte del donante.

9 Ha de observarse también, respecto a estas donaciones hechas entre-vivos por un cónyuge a favor del otro, que si han sido insinuadas, o si no exceden de la suma que se puede donar sin insinuación, se transmite el dominio de la cosa donada desde el momento de la muerte del donante, independientemente de la adición de la herencia por los herederos; ya que tales donaciones se diferencian notablemente de los legados, como ya vimos al tratar de la donación por causa de muerte en las disputaciones anteriores, afirmándolo Bártolo y la opinión común de los autores, citada y seguida por Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 23).

Por el contrario, si una de estas donaciones no fuere insinuada o excediere del tope legal, no se transmite el dominio al donatario en cuanto al exceso, a no ser que el heredero ceda la herencia, ya que tal donación tiene el carácter de legado en cuanto al exceso. Pero si el exceso fuere escaso, por analogía (de acuerdo con lo que dijimos en la disp. 57), se transmitirá también la propiedad de dicho exceso, al mismo tiempo que el resto de la cosa donada, por ser difícil, además, designar qué parte constituye el exceso, y cuál no. Por el contrario, si el valor de quinientos sueldos fuese módico con relación al exceso, el donatario no adquirirá la propiedad hasta el momento de la adición de la herencia.

10 En las donaciones entre marido y mujer interviene la cuarta Falcidia, lo mismo que en los legados, como consta por la *l. in donationibus, C., ad legem Falcidiam*, y *l. cum hic status, in princ., ff. de donat. inter virum et uxorem*, afirmándolo la opinión común, como vimos en la disputación precedente.

11 Hay dos casos en los cuales la donación por causa de muerte entre cónyuges no se confirma por la muerte del donante: Primero, cuando el donatario fallezca antes que el donante, pues por lo mismo queda anulada la donación, como consta por la *l. cum hic status, párr. si ambo, ff. de donat. inter virum et uxorem; l. etiam et a marito, C., eod. tít.; cap. últ., eod. tít.*, y l. 4, tít. 11 de la Partida IV. Si ambas personas murieren en el mismo naufragio, derrumbamiento de una casa, incendio u otro suceso análogo, sin que conste suficientemente cuál de ellos falleció primero, queda confirmada la donación; y si la donación fuere recíproca, quedarán ambas confirmadas y válidas. Así consta expresamente por la *l. cum hic status, párr. si ambo cit.*, y *l. cum inter virum, ff. de rebus dubiis*, afirmándolo la opinión común de los autores, citada y seguida por Antonio Gómez (ad. l. 50 de Toro, núm. 65), Manuel de Acosta (*párr. si quis in bello, verb cum filio*, núm. 15, y *verb. patrem prius moriturum*, núm. 15), y Covarrubias (*Var. Resol.*, II, cap. 7, núm. 4 y 5). La razón es que habiéndose otorgado ya la donación, y entregádose la cosa al donatario, que ya la poseía, se confirmará por la muerte del donante, por cuanto no consta que el donatario haya premuerto al donante, presumiéndose válida la donación en favor del donatario poseedor; sobre todo considerando que según la oración del Emperador Antonino, el único impedimento sería la revocación del donante, o bien la premuerte del donatario, que no consta en el caso citado. Por lo que afirma con razón Covarrubias (núm. 5 cit., al final), con Bártolo y otros, que aunque ambos cónyuges perecieren en lugares distintos y por causas diversas, mientras no conste que el donatario ha muerto antes que el donante, deberá reputarse válida la donación, correspondiendo a los herederos del donante la prueba de que el donatario murió antes que el donante. Manuel de Acosta (loc. cit.) dice rectamente que si los cónyuges se hubieran donado mutuamente bajo la condición de morir antes que el otro, si murieren los dos al mismo tiempo, en un naufragio, ruina, o acontecimiento análogo, sin constar cuál fué el que murió antes, serán absolutamente inválidas tales donaciones, por haber sido hechas bajo la condición positiva de que uno de ellos sobreviviera al otro, lo cual falla en el caso propuesto.

El segundo caso en que la donación entre cónyuges no

se confirma por muerte del donante, es la revocación expresa o tácita, que puede hacer lícitamente mientras viva. Así consta por la *l. cum hic status, párr. ait oratio*, y *párr. poenitentia, ff. de donat. inter virum et uxorem; cap. últ., eod. tít.*; l. 4, tít. 11 de la Partida IV, y Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tít. 9 in princ. Y no es necesario revocar al mismo tiempo la tradición y posesión, como pretendió Bártolo, bastando que conste el arrepentimiento del donante, en el cual haya perseverado hasta la muerte, sin volver a confirmar la donación, como consta suficientemente por el *párr. poenitentia cit.*, afirmándolo Antonio Gómez (ad. l. 50 de Toro, número 65).

12 Se entiende revocada tácitamente la donación si se produce la separación entre los cónyuges, según la *l. sed interim, párr. si maritus*, y *l. cum hic status, párr. si divortium, ff. de donat. inter virum et uxorem*, y *l. a marito, C., eod. tít.*; a no ser que la separación se haya hecho por mutuo consentimiento y beneplácito, o que conste por cualquier razón que el donante desea, a pesar de todo, la subsistencia de la donación, como consta por el *párr. si divortium cit.*, y observa la glosa a la *l. a marito cit.*

También se reputa tácitamente revocada la donación, si el donante vende, permuta, lega o dona la misma cosa a otra persona, o si la da en prenda o la sujeta a hipoteca particular, a no ser que conste la voluntad del donante de que subsista la donación. Así la *l. cum hic status, párr. si maritus* y *párr. qui quasdam res, ff. de donat. inter virum et uxorem; l. si maritus, 2, C., eod. tít.; cap. últ., eod. tít.*, y l. 4, tít. 11 de la Partida IV.

13 Las Ordenanzas de Portugal (lib. IV, tít. 9, in princ.) establecen que si uno de los cónyuges hace una donación al otro en una época en que el primero no tenga hijos, si después los tuviere, quedará por lo mismo revocada la donación, y al disolverse el matrimonio por muerte del otro cónyuge, deberá dividirse la cosa entre el supérstite y los herederos del difunto. Y se añade que lo mismo ocurrirá cuando dicha donación se haya otorgado antes que el mismo contrato de matrimonio; pues al nacer hijos del donante, los bienes pasarán a ser comunes, de acuerdo con la costumbre de dicho Reino; debiendo dividirse por igual la cosa donada, al disolverse el matrimonio, entre el supérstite y los herederos del difunto. Cosa análoga se establece para casos semejantes.

Es evidente que la primera parte de esta disposición resultaría irracional cuando el matrimonio se haya celebrado bajo contrato de arras y dote, ya que ninguna equidad permite que si la esposa hiciera una donación al marido de su dote o de sus bienes parafernales, o viceversa, el marido a la esposa de sus propios bienes, al nacer hijos, la cosa donada haya de dividirse por igual entre el cónyuge supérstite y los herederos del difunto; por lo que yo creo que la primera parte de esta disputación sólo puede referirse al caso de que el matrimonio se haya celebrado bajo el contrato de bienes por mitad, al que únicamente se refiere el resto de la disposición. Cuando el matrimonio se haya celebrado bajo contrato de arras y dote, deberá estarse a la disposición del Derecho común, que es la *l. si unquam, C., de revoc. donat.*, de que tratamos en la disputación 272, perteneciendo, por tanto, la cosa en su totalidad a los herederos del difunto, si muriere abintestato; y si otorgare testamento, podrá disponer libremente de su tercera parte, lo mismo que del tercio de los demás bienes que posea.

Gutiérrez (*De iuram. confirm.*, part. 1, cap. 3, núm. 16) 14
refiere la l. 3, tít. 12, lib. III del Fuero Real, que dice lo siguiente: "Si el marido quisiera dar algo a la mujer, o la mujer al marido, no habiendo hijos, puédelo hazer después que fuere el amno pasado desque casaren y no ante. E si después desta donación oviere hijo, no vala la donación, fuera quanto en su quinto." Donde se ve, en primer lugar, que se corrige el Derecho común en cuanto a la validez de la donación entre cónyuges, que no necesita la confirmación por muerte del donante, con tal que se haga un año

después del matrimonio, y sin que haya hijos. Corrígese, además, en cuanto el nacimiento de hijos no revoca totalmente la donación, que queda firme en su quinta parte. Y si bien Antonio Gómez (ad. l. 5º de Toro, núm. 66, al final) y Palacios Rubios creen que se trata de una ley especial del reino de Castilla y que, por tanto, será aplicable incluso a las donaciones hechas en el primer año del matrimonio, que quedan convalidadas por el mero transcurso de dicho año, lo mismo que en Derecho común se confirman por la muerte del donante, creen el mismo Gutiérrez (loc. cit., núm. 25), Rodrigo Suárez, Gregorio López y otros, que dicha ley del Fuero no será aplicable sino en cuanto se pruebe que ha sido recibida por el uso: siendo de presumir lo contrario, por cuanto no ha sido incluída en la Nueva Recopilación.

15 Volviendo al Derecho de Portugal (tít. 9 cit., párr. 1), se establece que cuando la donación se confirme por muerte del donante, si quedaren herederos ascendientes o descendientes, podrán éstos revocarla, si fuere lesiva para sus legítimas, por la cuantía de dicha lesión, computando la cosa donada entre los bienes de que ha de tomarse la legítima; el sobrante pertenecerá al donatario. Lo cual confirma lo que dijimos en la disputación 273, que las donaciones pueden ser inoficiosas, no sólo respecto a los descendientes, sino también a los ascendientes. El mismo párrafo y el siguiente añaden que si el donante hubiere dispuesto, fuera de dicha donación, de todo o parte del tercio libre, deberán incluirse las cosas donadas con el resto de los bienes del difunto, para tomar, en primer lugar, las legítimas, considerándose la donación como un legado, dividiéndose entre ella y los demás legados lo que quede de dicho tercio, a prorrata; por lo cual, las legítimas habrán de tomarse a prorrata del exceso de los legados y donaciones.

Todo lo cual es aplicable al reino de Castilla, si el donante no ha dejado más que ascendientes. Si quedaren descendientes, deberá hacerse lo mismo, mas por relación al quinto de libre disposición, que es lo único de que puede disponer libremente el que deja descendientes. Toda esta regulación es acorde con el Derecho común, supuesto que en Portugal es lícito disponer del tercio del patrimonio, cualesquiera herederos que deje el testador.

Observa Antonio Gómez (ad l. 50 de Toro, núm. 67) que 16
en todos los casos en que se revoque la donación entre cónyuges, si el donatario ha consumido la cosa donada, sólo responderá de ella en cuanto se haya enriquecido. Mas yo creo que esto sólo será verdad, si la cosa ha perecido sin culpa del donatario, o si se ha consumido útilmente en gasto que de otro modo hubiera tenido que hacer el marido, o que éste aprobó al hacerlos la mujer; pero no cuando el donatario haya vuelto a donar la cosa, o la haya consumido inútilmente. Ya que mientras vivía, la donación no estaba confirmada, no pudiéndose, por tanto, gastarla inútilmente y prodigarla. No otra cosa prueban la *l. quod autem, párr. si maritus; l. sed si vir, párr. non videtur, ff. de donat. inter virum et uxorem; l. si eum servum*, y *l. si et me tibi, ff. si certum petatur*, textos citados por Antonio Gómez. De modo análogo entiendo la *l. quod de bonis, párr. ex donationibus, ff. al legem Falcidiam*.

En los casos siguientes, es válida inmediatamente la do- 17
nación entre marido y mujer. Primero, cuando un emperador, rey u otro príncipe soberano la haga a la emperatriz, reina o princesa, o viceversa, estas señoras a sus maridos. Así consta por la *l. penúlt., C., de donat. inter virum et uxorem*.

Segundo, si el marido dona a la esposa o ésta al marido bienes para la reconstrucción de casas destruídas por un incendio, pero sólo en cuanto lo exija la construcción del edificio. Así la *l. quod si vir., ff. de donat. inter virum et uxorem*.

Tercero, si la donación se hace por vía de compensación o remuneración. Por ejemplo, si mutuamente el marido y la mujer se hacen una donación, aunque uno de ellos consuma la cosa donada y el otro la conserve, será válida inmediata-

mente la donación, según la *l. quod autem, párr., si vir. et uxor., ff. de donat. inter virum et uxorem,* afirmándolo Gama (Decis. 231, núm. 2). Por esta razón, si un varón anciano o de baja condición hiciere una donación a una mujer joven o noble en remuneración a su nobleza o juventud, o viceversa, será inmediatamente válida la donación. Así lo afirman, con Bártolo y el Panormitano (*cap. últ. de donat. inter virum et uxorem,* núm. 7), Covarrubias (*Epitome,* part. 2, capítulo 3, párr. 3, núm. 2), Antonio Gómez (ad l. 50 de Toro, núm. 66, y *Var. Resol.*, II, cap. 4, núm. 23), y la opinión común de los autores que ellos citan. Y aunque Julio Claro (q. 9 cit., núm. 5) cree que ello debe limitarse al caso de que se haga en el mismo acto de constitución de la dote, pero no después, afirman lo contrario los autores comúnmente.

Cuarto, cuando uno de los cónyuges done a otro para que consiga alguna dignidad, siendo entonces válida inmediatamente la donación en cuanto a la suma necesaria, según la *l. quod adipiscendae* y las dos siguientes, *ff. de donat. inter virum et uxorem*.

Quinto, cuando el donante no se empobrezca, a pesar de enriquecerse el donatario. Asimismo cuando el donatario no se enriquezca, aunque se empobrezca el donante. Así consta en el *cap. últ., de donat. inter virum et uxorem;* l. 4, 5 y 6, título 11 de la Partida IV, y en las Ordenanzas de Portugal, libro IV, tít. 9, párr. 2, y otros textos que inmediatamente citaremos.

18 Obsérvese que en el caso propuesto, el no empobrecimiento del donante consiste en dejar de adquirir una cosa que sólo dependiera de su aceptación, renunciándola en favor del donatario. En cambio, habría empobrecimiento, si después de aceptar donase dicha cosa al otro cónyuge, no convalidándose la donación hasta su muerte. De modo que si se hace una donación al marido, y por mandato de éste se entrega la cosa a su mujer, como quiera que aquél ya la había aceptado, tal donación no se confirmará hasta la muerte

del esposo, como consta por la *l. 3, párr. últ., ff. de donat. inter virum et uxorem*.

Por ejemplo, el donante no se empobrece cuando una persona que hubiera instituído heredero a uno de los cónyuges o le hubiera dejado un legado, nombrando sustituto, si en favor del sustituto se renunciare a la herencia o legado, no aceptándolos, será válida inmediatamente tal donación, por no empobrecerse el donante, a pesar del enriquecimiento del donatario. Así consta por la *l. si sponsus, párr. si maritus,* 1, y *párr. si quis, ff. de donat. inter virum et uxorem,* y l. 5, tít. 11 de la Partida IV.

Otro ejemplo es si uno de los cónyuges donare al otro una cosa ajena, ya que el donante no se empobrece por dar lo que no es suyo, siendo válida la donación, al efecto de comenzar la usucapión desde el momento de la entrega. Así consta por la *l. sed et si constante,* y la precedente, *ff. de donat. inter virum et uxorem,* y l. 5 cit.

De esta doctrina y ejemplos deducen Antonio Gómez 19
(ad l. 50 de Toro, núm. 66, y *Var. Resol.*, II, cap. 4, número 24), Rodrigo Suárez (l. 1, tít. de las ganancias, libro III del Fuero) y otros, la validez de la renuncia hecha por la esposa durante el matrimonio y en favor del marido, de todos los provechos de los bienes de ambos. Pero yo opino, de acuerdo con Gregorio López (l. 5 cit., glos. últ.), que esto es falso. Ya que por lo mismo que en este reino y en el de Portugal, supuesta la costumbre de dicho reino referente al contrato de arras y dote, se celebra el matrimonio, corresponde a la esposa la mitad de los gananciales, independientemente de toda nueva aceptación, por la fuerza del mismo contrato, transmitiendo este derecho a cualesquiera herederos; y como quiera que toda donación, aunque sea la remisión de una deuda, es inválida entre los cónyuges, si no se confirma por la muerte, como consta por la *l. si sponsus, párrafo circa venditionem, ff. de ponat. inter virum et uxorem,* afirmándolo Navarro (*Manual,* cap. 17, núm. 149), se deduce la invalidez de dicha renuncia mientras no sea con-

firmada por la muerte, debiendo, además, ser insinuada si excede del valor de quinientos sueldos. Véanse otras razones que da Gregorio López en confirmación de su tesis (loc. cit.).

20 Veamos ahora algunos ejemplos de no enriquecimiento del donatario, a pesar del empobrecimiento del donante. Así, cuando la esposa compre con los bienes que le done el marido ungüentos para su ornato personal, según la *l. quod autem, párr. maritus*, y *l. sed si vir., párr. non videtur, ff. de donat. inter virum et uxorem.* Asimismo, si uno de los cónyuges donare al otro una sepultura o cualquiera cosa análoga que el donatario ceda a su vez a un monasterio o iglesia para el culto divino. Ya que tales cosas son religiosas, y se dan ya para el culto divino, sin que se enriquezca el donatario, aunque tal vez si no se lo hubieran donado, hubiera hecho gastos para adquirirlas, empobreciéndose. Así consta por la *l. si sponsus, párr. concessa, ff. de donat. inter virum et uxorem*, y l. 6, tít. 11 de la Partida IV. Otro caso es el de la donación hecha por la esposa al marido, para que, a su vez, dote a la hija de ambos; o si después de hecha la donación, acordasen destinarla a dicho fin, como consta por la *l. sive uxor. ff. de donat. inter virum et uxorem*, observándolo Gregorio López en su comentario a la l. 6 cit.

21 Ha de observarse que en los casos en que la donación entre cónyuges se confirma inmediatamente, si al computarse en el patrimonio del donante resultara lesiva para las legítimas de sus descendientes o ascendientes, lo que falte para completarlas habrá de tomarse del tercio de libre disposición, y no de la donación hecha al cónyuge; y sólo se podrá menoscabar ésta cuando dicho tercio no fuere suficiente. Así consta en las Ordenanzas de Portugal, lib. IV, tít. 9, párrafo 3, y creo que lo mismo deberá aceptarse en Derecho común, por la misma naturaleza de las cosas; siendo igualmente aplicable, aunque la donación esté confirmada por juramento, ya que éste no puede perjudicar las legítimas de los descendientes o ascendientes, que les corresponden en los bienes del donante, según lo que vimos en la disputación 283.

La última duda que plantearemos en esta disputación es si cuando la donación hecha por un cónyuge a otro sea de las que sólo se confirman por muerte del donante, será o no irrevocable al ser confirmada por juramento, convalidándose, por tanto. A lo cual responderemos, de acuerdo con el Panormitano, Bártolo y la opinión común de los autores, citados y seguidos por Covarrubias (*Rub. de test.*, part. 2, número 1), Julio Claro (*párr. donat.*, q. 9, núm. 3), Antonio Gómez (ad l. 50 de Toro, núm. 66), Silvestre (*verb. donat.*, II, q. 4) y Gutiérrez (cap. 3 cit.), que, sin duda alguna, queda confirmada y válida, del mismo modo que la enajenación hecha por un menor o la enajenación del fundo dotal son válidas, si se confirman por juramento, a pesar de que si no interviniera éste serían nulas de pleno derecho; lo cual es sobrado evidente por lo dicho en la disputación 149 y en las dos siguientes. La razón es que tal donación no se opone a las buenas costumbres naturales, ni se halla tampoco prohibida por Derecho positivo, sino que únicamente depende, por Derecho humano, del hecho de ocurrir la muerte del donante antes que la del donatario, concediéndose al donante la facultad de libre revocación mientras viva, cesando ambas cosas al ser confirmada por juramento, no sólo porque el juramento de cosa no ilícita ha de cumplirse bajo pecado mortal, sino también porque cuando sea de cosa lícita, y si el donatario no adquiere inicuamente la cosa prometida, adquiere éste un verdadero derecho a su entrega, siendo título para la adquisición del dominio al subseguir la tradición; todo lo cual se cumple en el caso propuesto. Por lo que tal donación será, no sólo válida e irrevocable al subseguir la tradición, sino cuando intervenga la simple promesa confirmada por juramento, pero sin tradición. 22

Ha de observarse, no obstante, que en Derecho portugués, no sólo no se hace irrevocable dicha donación en virtud del juramento, sino que es nula de pleno derecho, a no ser que se haya puesto con real licencia, de acuerdo con lo dicho en la disputación 149. 23



DISPUTACION CCXC

DE LAS DONACIONES ESPONSALICIAS. ITEM DE LAS DONACIONES "ANTE NUPTIAS" Y "PROPTER NUPTIAS"

Sumario:

1.—De la donación esponsalicia.
2.—*Quid* cuando el matrimonio no llegue a celebrarse sin culpa alguna de los esposos.
3.—*Quid* cuando el matrimonio no llegue a perfeccionarse, o no se consume por ingreso de uno de los esposos en un monasterio.
4.—En Castilla se considera como donación esponsalicia la hecha entre esposos por palabras de presente, pero antes de consumarse el matrimonio por la cópula.
5.—Por Derecho de Castilla, cuando al disolverse el matrimonio la esposa tiene derecho a adquirir las arras, si ha habido donaciones esponsalicias en su favor, la esposa ha de escoger entre estas donaciones o las arras.
6.—En Portugal, cuando el matrimonio se haya celebrado en contrato de bienes por mitad, todo lo dicho sobre la donación esponsalicia es aplicable únicamente antes de la consumación del matrimonio.
7.—De si los regalos hechos por el esposo a la esposa, antes de celebrarse el matrimonio por palabras de presente, se pueden considerar como donación esponsalicia.
8.—La donación esponsalicia, cuando es verdadera donación, no necesita ser insinuada.

9.—De la donación *ante nuptias* y *propter nuptias* en Derecho común.
10.—De la donación nupcial en España.

1 Se llama donación esponsalicia lo que dona el novio a la novia después de los esponsales y antes del matrimonio por palabras de presente. Pues si bien antes de Constantino tales donaciones, a no ser que se expresara la condición de celebrarse después el matrimonio, pertenecían inmediatamente de un modo absoluto al donatario, de modo que ni el donatario ni sus herederos estaban obligados a restituirlo, aunque no llegara a celebrarse, como consta por la *l. si filiae, C., de donat. ante nuptias* y otros textos legales, a partir de Constantino se estableció que tales donaciones, cuando otra cosa no se exprese, se han de entender hechas siempre bajo la condición del futuro matrimonio. Si el matrimonio se perfecciona, lo donado pertenece íntegramente al donatario. Pero si no se perfecciona, hay que distinguir: si es por culpa del donante, lo donado pertenece igualmente al donatario; y si el donante hubiera, a su vez, recibido algo del otro esposo, que no ha sido culpable, deberá restituirse. En cambio, si el matrimonio no se perfecciona por culpa del donatario, deberá restituir todo lo recibido. Todo lo cual fué establecido por la *l. veterum, C., de donat. ante nuptias*, y la l. 3, tít. 11 de la Partida IV. Véase sobre esta cuestión Antonio Gómez (ad l. 50 de Toro, núm. 1 y sig.).

2 Cuando el matrimonio no llegue a celebrarse sin culpa de ninguno de los esposos, por muerte de uno de ellos, o por su ingreso en religión antes de llegar a consumarse, u otra razón análoga, habrá que distinguir. Si la donación fué hecha por el esposo a la esposa, sin que haya tenido lugar la cópula ni el beso de novio, el esposo o sus herederos recuperan la totalidad de lo donado. Si tuvo lugar el beso de novio, sólo recuperan la mitad, perteneciendo la otra mitad a la esposa o sus herederos. Y si ha tenido lugar la cópula, antes del Concilio de Trento pertenecía la totalidad al donatario o sus herederos, por entenderse que el matrimonio queda, por lo mismo, celebrado o consumado. Mas hoy, como quiera que la cópula, aunque haya esponsales anteriores, no basta para considerar celebrado y consumado el matrimonio, la esposa no adquiere más en virtud de ésta que por el simple ósculo.

En cambio, cuando la donación fué hecha por la esposa a su prometido, lo mismo si ha tenido lugar el ósculo, la cópula o nada en absoluto, todo lo donado es recuperado por la novia o sus herederos. Todo lo cual consta por la *l. si a sponso, C., de donat. ante nuptias*, y l. 3, tít. 11, de la Partida IV.

Todo ello tiene lugar incluso cuando el matrimonio no 3
llega a celebrarse o consumarse por el ingreso de uno de los esposos en Religión. Como quiera que ello no supone culpa, la esposa adquiere en virtud del beso de novio la mitad de las cosas donadas, lo mismo que si se disolvieran los esponsales por la muerte del otro esposo, como afirma la glosa a las Decretales, XXVII, q. 2, *verbo damno*, de acuerdo con la *l. Deo nobis, C., de Episc. et cler.*, afirmándolo comúnmente los autores, citados y seguidos por Antonio Gómez (ad l. 52 de Toro, núm. 8).

Haremos algunas observaciones sobre esta cuestión. Pri- 4
mera, que por Derecho de Castilla, después de promulgada la l. 52 de Toro, se considera como donación esponsalicia, incluso la hecha por casados por palabra de presente, entre sí, antes de la consumación del matrimonio, la cual no tiene el carácter de donación entre cónyuges, al contrario de lo que ocurre en Derecho común y portugués, como vimos en la disputación anterior. Por tanto, todo lo dicho sobre la adquisición de la mitad de estas donaciones por el beso de novio, al disolverse los esponsales por muerte o profesión religiosa, es aplicable en este Reino cuando se disuelva el matrimonio celebrado por palabras de presente antes de su consumación.

Segundo, por Derecho de Castilla, cuando al disolverse 5

el matrimonio la esposa tiene derecho a las arras, si ha habido alguna o algunas donaciones esponsalicias, hechas por el esposo a la esposa, ésta deberá escoger entre las donaciones o las arras, pudiendo escoger ella o sus herederos, si fuere difunta, dentro de los veinte días siguientes a la disolución del matrimonio. Si no eligieren dentro de este plazo, el marido o sus herederos podrán escoger a su vez dar lo que prefieran, esto es, o sólo las arras, o sólo la donación o donaciones esponsalicias. Así lo establece la ley 52 de Toro.

6 Tercero, en Portugal, cuando el matrimonio se haya celebrado bajo contrato de bienes por mitad, todo lo dicho es aplicable únicamente antes de la consumación del matrimonio, es decir, mientras los bienes de los cónyuges no se hacen comunes a ambos. En efecto, las Ordenanzas de Portugal, lib. II, tít. 47, establecen que, al consumarse el matrimonio, todos los bienes de los contrayentes se hacen comunes, por lo que cualesquiera bienes donados por los esposos entre sí o por un tercero a uno de ellos, pasan a pertenecer a ambos, debiéndose dividir por igual a la disolución del matrimonio, a no ser que se donen con la especial condición de que, al disolverse el matrimonio, pertenezcan únicamente al donatario; lo cual se hace rara vez o nunca. Por lo que las Ordenanzas de Portugal (lib. IV, tít. 9, *i. princ.*) establecen que si en tal caso existen hijos, al disolverse el matrimonio se divida lo donado entre ambos cónyuges.

7 Cuarto, existe un problema no liviano, sobre si lo que el esposo regale a la novia antes de celebrarse el matrimonio por palabras de presente, o en Castilla antes de su consumación, deberá considerarse como donación esponsalicia, haciéndose propiedad de la esposa, o si, por el contrario, ha de entenderse que se regalan, para que la novia se presente al varón con mayor ornato o esplendor y con ánimo de mostrarle el afecto con que ha de ser tratada al tiempo del matrimonio, pero sin transmitirle la propiedad. Pues bien, diga lo que quiera Antonio Gómez (ad l. 52 de Toro, núms. 4 y sig.), creo que, sin duda alguna, deberá responderse que, si no consta claramente el ánimo de donar, deberá entenderse que sólo se hicieron estos regalos con los fines que acabamos de explicar, y, por tanto, que la esposa no adquiere su dominio, ni siquiera la mitad, si se disolvieren los esponsales antes de contraerse el matrimonio, o en este Reino, antes de su consumación, en virtud de beso de novio. Así lo afirma, de acuerdo con Bártolo, la opinión común de los autores, citada y seguida por Julio Claro (*párr. donat.*, q. 10) y Gama (Decis, 71, número 1), que cita sentencias portuguesas en este sentido. Pues, como dice la glosa a la *l. cum. quid, ff. si certum petatur*, nunca debe presumirse una donación, cuando existan conjeturas de haberse entregado la cosa por causa distinta de la donación.

Quinto, cuando la donación esponsalicia sea verdadera 8
donación, no necesita, para ser válida y transmitir el dominio, ser insinuada, aunque pase de los quinientos sueldos, lo mismo que ocurre en la entrega de arras. Así lo declara expresamente la l. 52 de Toro, al establecer que todo, sin distinción alguna, pertenecerá a la esposa, o sólo la mitad en virtud del ósculo. Y así parece que ha sido recibido por el uso en Portugal, de acuerdo con la Auténtica *vi sponsalitia largitas in princ.* Si bien la glosa correspondiente dice, con razón, que en este texto la donación esponsalicia se toma en otro sentido.

La donación *ante nuptias* o *propter nuptias* de que ha- 9
blan los textos era una donación que el marido, o el padre del marido, u otra persona en su lugar, hacía a la esposa a manera de compensación por la dote y para la mayor seguridad y garantía de ésta. Lo donado pertenecía a la esposa durante el matrimonio, si bien el marido tenía su administración y disfrute. Al disolverse el matrimonio, lo donado revertía al marido. Llamábase *ante nuptias*, por celebrarse únicamente antes de la boda; pero posteriormente se permitió que, lo mismo esta donación que la dote, se pudieran otorgar, constituir y aumentar después de celebrarse el matrimonio, por lo que se denominó donación *propter nuptias*,

como consta en la Instituta, *de donat., parr. est et aliud*. Todo ello consta, además, por la *l. últ.* y la Auténtica *dos data*, y, en general, en todo el título *de donat. ante nuptias* del Código de Justiniano y la l. 1, tít. 11, de la Partida IV.

Hoy la donación *propter nuptias* con este significado no está en uso, sobre todo en España. En su lugar se introdujeron en España las arras; si bien ambas instituciones difieren no poco. Están de acuerdo en ello Antonio Gómez (ad l. 52 de Toro, núm. 9 y sig.), Julio Claro (*párr. donat.*, q. 10 y 11), Gregorio López (l. 1 cit.), Alvaro Velasco (consult. 2, núm. 5 y sig.) y Covarrubias (*Epítome*, part. 2, capítulo 3, párr. 7, núm. últ.).

10 Algunos autores, y también las leyes de Toro (como vimos en la disp. 238), llamada *donación nupcial* a la que hacen los padres a su hijo varón para que se case. Pero esta acepción es muy distinta de la que tenía en Derecho romano, debiendo, en sentido técnico, llamarse esta donación *ad nuptias*, para distinguirla de la *propter nuptias*, que es de la que hablan los técnicos.



DISPUTACION CCXCI

DE LA DONACIÓN DEL PADRE A SU HIJO

Sumario:

1.—La donación hecha por un padre a su hijo de cualquier sexo, sometido a su patria potestad, es inválida, a no ser que se celebre la tradición.
2.—Exceptúanse de lo dicho cuatro casos.
3.—En todos los casos en que vale inmediatamente la donación hecha entre cónyuges, vale también la hecha por el padre a un hijo sometido a su patria potestad.
4.—La donación simple hecha por un padre a su hijo de cualquier sexo, emancipado, o por la abuela materna, lo mismo a un emancipado que no emancipado, vale inmediatamente, aunque no se haya celebrado la tradición.
5.—En Castilla, es válida toda donación simple hecha a un hijo, aunque no tenga lugar la tradición.
6.—Si estas donaciones fueren inoficiosas para los demás descendientes, se revocan en cuanto al exceso.

Hemos tratado ya en la disp. 283 de la donación causal 1
hecha por un padre a su hijo, de su validez y hasta qué punto ha de traerse a colación en la partición con sus hermanos.

También hemos dicho en la disp. 243 la mayor parte de lo que pudiéramos decir en este lugar sobre la simple donación del padre a su hijo, o sea, que por Derecho común,

toda donación hecha por un padre a su hijo, de uno u otro sexo, será inválida si no se celebra la tradición. Y aunque ésta tenga lugar, podrá libremente el padre mientras viva revocarla. Pero si no la revoca, queda confirmada por la muerte del padre, convalidándose en absoluto, y retrotrayéndose sus efectos al momento de la tradición, en cuanto a la propiedad de sus frutos; siempre que, si no ha habido insinuación, no exceda del tope legal. De otro modo, la muerte del padre sólo la confirma en cuanto a este límite, a no ser que expresamente la vuelva a confirmar por acto de última voluntad; valiendo, entonces, en cuanto al exceso, no en concepto de donación, sino de legado, que no necesita insinuación. Tampoco se retrotraerá en dicho caso en cuanto al exceso, a los efectos de la adquisición de frutos, exactamente igual que en la donación entre cónyuges, como vimos en la disp. 289. Todo ello consta por la *l. donationes quas parentes* y su glosa, *verb. referatur, C., de donat. inter virum et uxorem; l. 2* y su glosa, *verb. familiae, C., de inof. donat.; l. cum rebus, C., de donat.; l.* 4, título 15 de la Partida VI y l. 3, tít. 4 de la Partida V, etcétera, afirmándolo Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, capítulo 4 al final; ad l. 17 de Toro, núm. 8 y ad l. 29, número 26); Covarrubias (*cap. Raynaldus, d. test.*, párr. 2, número 6); Gregorio López (ad l. 4 cit.); Navarro (*Manual*, cap. 17, núm. 146 y 149) y los demás autores comúnmente.

2 Exceptúanse los casos siguientes, en los que dicha donación hecha por un padre a un hijo sometido a su patria potestad, es inmediatamente válida. Primero, si se confirma por juramento, como vimos en la disp. 243. Lo cual se prueba lo mismo que lo hicimos al tratar de la donación entre cónyuges, en la disp. 289, afirmándolo la opinión común, citada y seguida por Julio Claro (*párr. donat.*, q 8), Covarrubias (*cap. quamvis pactum*, part. 3, párr. 2, núm. 5) y Gutiérrez (*De iuram. confirm.*, cap. 4, núm. 4). Exceptúase el caso de Portugal, a no ser que el juramento se haya

puesto con expresa autorización real, como vimos en las disputaciones 149, 243 y 289.

Segundo, si el padre dona a su hijo, sometido a su patria potestad, el usufructo que le corresponde sobre sus bienes adventicios, de acuerdo con lo dicho en la disp. 8.

Tercero, si donare a un hijo sometido a su patria potestad algunos bienes muebles, con motivo de enviarlo a la guerra o a la Corte, valiendo inmediatamente la donación, y tomando estos bienes el carácter de castrenses, con arreglo a lo dicho en la disp. 230. Si bien en Portugal estos bienes están sujetos a restitución, si alguno le quedare a su vuelta. Asimismo se confirma inmediatamente la donación de libros hecha por el padre a su hijo, para que pueda cursar sus estudios en la Universidad correspondiente, y cualquier otra cosa que le done con el mismo objeto, según vimos en la disputación 231. La razón es que tales bienes se consideran también como cuasi castrenses, como vimos en el mismo lugar. Si bien no debemos ocultar que todas estas donaciones, más que simples donaciones, son verdaderamente donaciones causales.

Cuarto, añaden muchos el caso de la donación hecha por un padre a un hijo sometido a su patria potestad, con carácter remuneratorio, por servicios prestados. También esta donación es más bien causal que simple. En la disputación 244 tratamos ya extensamente de esta donación y de su validez.

Navarro (*Manual*, loc. cit.), siguiendo a Azón, añade 3
que, en general, en todos los casos enumerados en la disputación 289, en los que vale inmediatamente la donación entre cónyuges, valdrá también la hecha por un padre a su hijo, ya que estas dos clases de donaciones se equiparan en Derecho. Y así, cree que si un padre dona dinero a su hijo para que pueda adquirir una dignidad, etc., será inmediatamente válida la donación. Mas yo creo que para confirmar esta tesis haría falta mayor autoridad que la de Azón; ya que esto depende del Derecho positivo, por lo que debe-

ría alegarse un texto según el cual constare que las disposiciones relativas a una de estas categorías de donaciones son análogamente aplicables a la otra (1).

4 Ya vimos en la disp. 243, que asimismo, por Derecho común, la simple donación hecha por un padre a su hijo emancipado, de uno u otro sexo, o por la madre, o por el abuelo o la abuela materna (y actualmente en Portugal también los abuelos paternos), será inmediatamente válida, aunque no se haya celebrado la tradición. Por lo que en Portugal será válida incluso la donación hecha por un padre a su hijo casado, ya que éste se considera por lo mismo emancipado. Lo cual consta por la *l. cum de bonis*, y *l. cum res, C., de donat.*, así como por la *l. donationes quas parentes, C., de donat. inter virum et uxorem*, y *l. 2, C., de inof. donat.*, afirmándolo Antonio Gómez (*Var. Resol.*, II, capítulo 4 al final; ad l. 17 de Toro, núm. 8, y l. 29, núm. 26), y comúnmente los demás autores.

5 Dijimos asimismo que actualmente, por Derecho de Castilla, después de promulgada la l. 17 de Toro (l. 1, tít. 6, libro V de la Nueva Recopilación), unida a la l. 26 de Toro (l. 10, tít. cit.), toda donación simple hecha a un hijo, lo mismo si está sometido a la patria potestad que si es *sui iuris*, y lo mismo si la hace el padre que la madre u otros ascendientes cualesquiera, será válida, aunque no se celebre la tradición; si bien se podrá revocar libremente mientras viva la persona que la haya hecho, en el caso de que la tradición no se haya celebrado. Pero si la cosa se entregó, aunque no sea más que por la cláusula de constituto, será absolutamente firme e irrevocable.

Vemos que de este modo se corrige lo dispuesto en el Derecho común. Primero, porque la donación hecha por un padre a su hijo es válida sin necesidad de tradición, confirmándose a la muerte del padre, mientras que el Derecho común establece lo contrario. Segundo, porque la misma donación acompañada de la tradición es inmediatamente firme e irrevocable, a lo cual se opone también el Derecho común. Tercero, ya que la donación hecha por un padre a su hijo emancipado, o por la madre o cualquier otro ascendiente a cualquier hijo de familia, era inmediatamente firme e irrevocable por Derecho común, mientras que en Castilla es siempre revocable hasta la muerte del donante, mientras no se haya celebrado la tradición. En todo lo cual están de acuerdo Gregorio López (ad l. 3, tít. 4 de la Partida V), Cifuentes y Palacios Rubios, citados por Antonio Gómez (ad l. 27 de Toro, núm. 9 cit.). Cuya opinión preferimos a la misma de Antonio Gómez. Véase lo que dijimos en el lugar citado.

(1) Es muy notable esta posición de MOLINA, en una época en que las citas de autores estaban a la orden del día, incluso ante los mismos Tribunales. Pero no tiene nada que ver con el positivismo jurídico del siglo pasado, definitivamente superado, por fortuna. La teoría de la causa civil debe ser uno de los supuestos previos en toda interpretación legal.

Respecto al grado de firmeza de todas estas donaciones, 6
lo mismo por Derecho común, de Portugal o de Castilla, hablamos ya en la disputación citada. Afirmaremos, en general, que si resultaren inoficiosas para otros descendientes, quedarán revocadas en cuanto al exceso, de acuerdo con lo que dijimos allí y en otras disputaciones anteriores.



DISPUTACION CCXCII

DE LA DONACIÓN REMUNERATORIA, Y, EN GENERAL, DE LAS DONACIONES CAUSALES

Sumario:

1.—Las donaciones se dividen en simples y causales.

2.—De las tres clases de donación remuneratoria. Item número 3 y 4.

FINALMENTE, podemos dividir la donación, en general, en *causal* y *simple* o no causal. En las disp. 238 y 243 explicamos ambos conceptos. A su vez, la donación causal puede subdividirse en donación remuneratoria, que es la que se hace para recompensar los servicios u otros beneficios recibidos, y donación que obedezca a cualquier otra causa. Hemos dicho ya tantas cosas, lo mismo sobre la donación remuneratoria que sobre las demás causales, en distintos lugares, que no sin razón se podría considerar superflua esta disputación; no obstante lo cual, hemos creído conveniente hacer especial mención de ellas, añadiendo en particular algunas consideracione sobre la donación remuneratoria (1). 1

A mi juicio, cabría distinguir tres clases de donación remuneratoria. La primera comprende aquellas donaciones que recompensan los obsequios recibidos, en cuanto lo exige la equidad, de modo que si no se hicieran, no sólo se 2

(1) Donación causal, en este sentido, es la que, además del motivo de liberalidad, supone algún otro: la gratitud, la obligación natural, incluso el egoismo, etc.

cometería una grave ingratitud, sino que se podría intentar la acción de gestión de negocios ajenos, o cualquier otra semejante, por presumirse que tales servicios no se prestaron meramente gratis. De estas donaciones trata la *l. Aquilius Regulus,* la *l. hoc iure,* y la *l. si pater, párr. últ., ff. de donationibus;* y respecto a ellas dijimos ya en la disputación 279, de acuerdo con la opinión común de los autores, que no necesitan insinuación, y en la disputación 281, que no son revocables por ingratitud del donatario. Podemos también afirmar sobre estas donaciones, que las personas que no pueden donar, pueden, no obstante, hacer donaciones de este tipo, si tienen la administración de sus bienes, como, de acuerdo con Bártolo, observan el Panormitano (*Rub. de donat.* y *cap. per tuas,* *núm.* 6, eod. tít.), Silvestre (*verb. donat.*, I, q. 3) y otros autores, deduciéndose de los textos citados, ya que no son donaciones propiamente dichas; estableciendo el *cap. si quos, XII, q.* 2, que el Prelado que no puede enajenar bienes sin ciertas solemnidades puede, no obstante, sin ellas, hacer ciertas remuneraciones adecuadas de este género (1).

3 La segunda clase es la de las donaciones que se hacen para recompensar igualmente un beneficio u obsequio, conforme a la equidad; pero en casos tales, que ello se podría omitir sin obrar mal por ello, ya que se trata, más bien, de gratitud y liberalidad que de verdadera deuda. Así, si a un criado que ha servido con toda fidelidad y diligencia por su salario, se le da algo más por gratitud; ya que si bien merece dicha remuneración, no se puede decir que se obraría mal omitiéndola, y en otros casos semejantes. Pueden hacer estas remuneraciones el Superior que administre los bienes de un monasterio, el tutor con los bienes del pupilo, y otras personas análogas. Y, con mayor razón, podrá hacerlas un Obispo seglar con los bienes de su Obispado, y un padre de familia con sus propios bienes. Y creo que ni

(1) La donación que cumple una obligación natural es una verdadera compensación, y deberá regularse como tal.

aun en Portugal deberá computar estas donaciones en su tercio libre, ni en Castilla en el quinto, si las hiciere en vida, ya que se incluyen en la debida administración de sus bienes, aun cuando sea de alguna importancia por relación a los obsequios o beneficios recibidos. Al decir que han de hacerse en vida, quise excluir la disposición por acto de última voluntad; ya que la administración de los bienes que tiene el Superior de un convento, un Obispo seglar, o un buen padre de familia termina con su propia vida, por lo que ni el Superior ni el Obispo podrán disponer de los bienes de los que no pueden testar, ordenando hacer después de su muerte estas donaciones remuneratorias; si bien podrán, incluso el Superior de un convento, e incluso deberá hacerlo, amonestar a sus sucesores a que hagan las donaciones remuneratorias de la primera clase, por ser verdaderas deudas y dinero ajeno. Yo creo que incluso el padre de familia que ordene en su última voluntad estas remuneraciones de la segunda clase, deberá computarlas en su tercio o quinto libre, ya que no son verdaderas deudas, y en dicho momento ha cesado ya la administración de los bienes.

El tercer tipo de donaciones remuneratorias es el de las 4 compensaciones de estos mismos obsequios y servicios más allá de lo que exija la simple equidad, pero siempre con moderación; ya que el ánimo verdaderamente agradecido no se conforma en la igualdad matemática, sino que desea compensar con algo más, sin que todo ello rebase los límites de la gratitud. Estas donaciones han de hacerlas los padres de familia de sus propios bienes. Mas yo creo que si se hacen entre vivos y dentro de los límites de la recta razón, considerando sus riquezas y las necesidades de sus hijos, con las demás circunstancias que concurran, no estarán obligados a computarlas en su tercio o quinto libres; pero sí cuando se hagan por acto de última voluntad. Con razón cree Navarro que podrán hacer estas donaciones, no sólo los beneficiados y Obispos seglares (a pesar de que les niega sin razón la propiedad de las rentas de sus beneficios), sino

también los Obispos y beneficiados regulares, como ya vimos al tratar del testamento de los eclesiásticos. También pueden hacerlas, si bien con mucha mayor moderación, los Superiores de los monasterios con los bienes que administran. En cambio, apenas las podrán hacer los tutores y curadores, a no ser que el menor sea extraordinariamente rico, y que, según las circunstancias concurrentes, ello se juzgare muy conveniente; y, sobre todo, cuando tenga más bien el carácter de limosnas que de donación profana (1).

(1) Estos dos últimos tipos, prácticamente, constituyen una categoría única de *donaciones mixtas*, que son las propiamente remuneratorias. Creemos que debe admitirse en ellas la revocación por incumplimiento de modo, pero no en los otros supuestos.



DISPUTACION CCXCIII

DEL DOLO, DE LA CULPA JURÍDICA Y DEL CASO FORTUITO, Y DE LAS CLASES DE LA CULPA JURÍDICA

Sumario:

1.—Del dolo en sentido lato. Del dolo bueno, de la falacia, del fraude, de la maquinación y del dolo malo.
2.—De la culpa en sentido teológico. De la culpa en sentido jurídico, lato y estricto.
3.—Definición de la culpa jurídica en sentido lato. Del caso fortuito.
4.—De las cinco especies de la culpa en sentido lato. Distinción entre el dolo y la culpa. Del dolo verdadero y del presunto. De la culpa lata, leve y levísima.
5.—Para que haya dolo no basta la conciencia, sino que se requiere, además, el ánimo de perjudicar. Subdivisión de la culpa.
6.—Definición más exacta de la culpa en sentido lato.
7.—Exposición de sus términos.
8.—Se refuta una objeción contra la primera parte de esta definición.
9.—De lo que ha de entenderse por caso fortuito en la cuestión presente.

Hemos tratado hasta aquí de las donaciones. A continuación vamos a hablar del comodato y del precario, que se incluyen entre los contratos lucrativos, como vimos en la disputación 259, y que, por tanto, son más pa-

recidos a la donación que los demás contratos. Y para facilitar el estudio de éstos y de otros contratos, vamos a tratar a continuación de la culpa jurídica y de la responsabilidad consiguiente, así como de las demás cuestiones propuestas en el título de esta disputación.

1 El *dolo* en sentido lato es el empleo de malicia o astucia, diciendo, haciendo u omitiendo algo para engañar a otra persona, lo mismo si se hace para perjudicarla, que si no. Por lo que, como citando a Labeón, dice Ulpiano (*l.* 1, *párrafo* 1, *ff. de dolo*), el dolo puede tomarse en buen o mal sentido; y en este mal sentido recibe el nombre de dolo malo, como añade en el párrafo siguiente Ulpiano, a diferencia del dolo en buen sentido.

En efecto, si la astucia en el decir, hacer u omitir, se emplea rectamente, esto es, de acuerdo con la recta razón, tendremos el dolo en buen sentido, del cual el mismo San Pablo se jacta de haber usado con los Corintios (II ad Cor., XII), al decir: "Siendo astuto, os cogí por dolo". Del mismo tipo de dolo usó Salomón (Reyes, III, 3), cuando, discutiendo las mujeres sobre el niño que les había nacido, ordenó partirlo por la mitad para que la verdad se manifestara por sí misma. Así lo hacen frecuentemente también los generales en la guerra justa, por medio de estratagemas, con las que engañan y capturan al enemigo.

Mas cuando la astucia se emplea perversamente para engañar a otra persona, tendremos el dolo malo, que el mismo Ulpiano define siguiendo a Labeón (párr. 1. cit.), diciendo que "es la astucia, falacia, o maquinación, para engañar, equivocar y decepcionar a otra persona". La glosa interpreta los términos de esta definición del modo siguiente: entiende por *calliditas* o astucia, el engaño mental, al no exteriorizar algo que debiera declararse, por ejemplo, vendiendo una cosa y callando sus vicios ocultos. Interpreta la *falacia* por el engaño verbal, de acuerdo con Santo Tomás (2.ª, 2.ª, q. 118, art. 8), que distingue la falacia del fraude en que aquélla se refiere a las palabras y ésta a

los hechos. Se entiende por *maquinación* cualquier engaño o decepción de otra persona, consista en palabras o en hechos. Por lo que la maquinación comprende la falacia y el fraude, si bien es menos comprensiva que el dolo.

Podemos, a mi parecer, definir más clara y brevemente el dolo malo del siguiente modo: es el empleo perverso de la astucia, diciendo, haciendo u omitiendo algo para engañar a otra persona.

La *culpa* se toma en muy diferente sentido, por los teó- 2
logos y por los jurisconsultos. En Teología significa la des-
viación voluntaria de la recta razón y de la ley de Dios, por
lo que siempre constituye una ofensa a Dios, digna de pena.
Se divide en mortal y venial.

En Derecho se puede tomar la culpa en dos sentidos. Uno lato, que comprende incluso el dolo malo, lo mismo verdadero que presunto, y las demás especies de culpa jurídica. En efecto, el dolo es verdadera culpa jurídica. Por eso dice Bártolo (*l. quod Nerva, ff. depositi*), que si una persona se comprometiere, al tomar un fámulo o criado, a no hacerle responder en ningún caso de los perjuicios sufridos por culpa de dicho fámulo, será obligatorio este pacto, aunque el daño sea causado por dolo, por ejemplo, si el fámulo hurtase alguna cosa, por ser el dolo verdadera culpa (1).

Esta culpa jurídica en sentido lato, la define Bártolo 3
(*l. quod Nerva* cit., núm. 7) diciendo que es la desviación
de lo que es de suyo bueno, y que hubiera podido observar-
se según la humana diligencia. En efecto, lo que acontece
de modo inopinado y fuera de lo previsto, de modo que ni
los más diligentes hubieran podido preverlo ni evitarlo, se
denomina caso fortuito.

---

(1) El argumento es totalmente sofístico, siendo rechazada la tesis expresamente por el mismo MOLINA en varios lugares. El principio fundamental no ha variado en esta materia desde el Derecho romano: "illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit, nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est" (ULPIANO, D , XVI, 3, 1, 7). Artículo 1.102 del Código civil: "La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula".

Como quiera que la desviación de lo bueno, en que consiste la culpa jurídica, consiste unas veces en un hacer, y otras en un omitir, se deduce que la culpa jurídica consistirá unas veces en una acción, y otras en una omisión. Así, si has llevado una cosa comodada, por sitios peligrosos, sin que se te hubiera prestado para exponerla a tales peligros, y pereciere en dicha ocasión, diremos que pereció por tu culpa, consistente en una acción. En cambio, si fuiste negligente en su conservación, por no custodiarla como lo hubiera hecho el hombre más diligente, pareciendo por esta razón, se dirá también que ha perecido por tu culpa, consistente en una omisión. Y si, teniendo en cuenta el fin para que se te dió en comodato la cosa, nada hiciste ni omitiste que el hombre más diligente no hubiera hecho u omitido igualmente, si pereciera la cosa por robo u otra razón, se entenderá que, por lo que a ti toca, pereció por caso fortuito y sin culpa. Esta explicación de la culpa en sentido lato, y del caso fortuito, es aceptada comúnmente desde Bártolo, tanto por los jurisconsultos como por los teólogos, y, entre ellos, el Panormitano (*cap. únic., de commodato*, número 13), Silvestre (*verb. culpa, in princ.*), Navarro (*Manual*, cap. 17, núm. 177 y 178), Adriano (*De rest., q. utrum in foro animae, y quodlib.* 4, al final del art. 1), Gabriel (IV, dist. 15 al final) y otros.

4 Bártolo (l. cit.), de acuerdo con el Panormitano y muchos de los autores citados, distingue cinco especies de culpa, en el sentido más amplio de esta palabra. Son la culpa levísima, leve, lata, más lata y latísima. En efecto, dicen que si la culpa se ha cometido conscientemente y de propósito, será dolo. Si no se produce conscientemente y de industria, sino por negligencia, tendremos la culpa en sentido estricto, que se distingue del dolo. Y como quiera que exteriormente no se puede saber si una persona ha sido culpable conscientemente o por negligencia, a no ser por la confesión del mismo culpable, o por indicios, se deduce que cuando consten por dicha confesión indicios manifiestos,

podremos denominarle dolo verdadero, de acuerdo con la *l. dolum, C., de dolo*, y la glosa al *cap. 2, de renuntiatione, libro VI*. Y esto es lo que Bártolo denomina culpa latísima.

Cuando existan señales claras de dolo, pero no tan manifiestas, tendremos el dolo presunto, que Bártolo denomina culpa más lata.

Si la culpa procede de negligencia, y fuere tal que la mayoría de los hombres no hubieran hecho ni omitido el acto en cuestión, tendremos la culpa lata. Por ejemplo, si una persona a quien se hubiera dado un libro en comodato, lo deja abandonado en un banco fuera de casa, donde era claro que lo iban a robar, se dirá que ha perecido por culpa lata del comodatario.

Si el acto culpable es tal que las personas diligentes no lo hubieran hecho u omitido, tendremos la culpa leve. Por ejemplo, si el comodatario deja el mismo libro en su casa, pero se le olvida cerrar la puerta, por donde lo roban.

Finalmente, si el acto u omisión culpable es tal que sólo las personas diligentísimas no lo hubieran hecho u omitido, tendremos la culpa levísima. Navarro (loc. cit.) pone el ejemplo de una persona que deja el libro en su habitación, cerrándola con llave, pero sin comprobar con la mano o el dedo si había quedado bien cerrada. Sin embargo, yo no me atrevería a imputar ni aun culpa levísima al que dejase de hacer esto, a no ser que le constara que la llave no estaba en buen estado, incluyéndolo más bien entre los casos fortuitos. Pues los hombres no deben ser obligados a diligencias excesivas y escrupulosas en el comercio humano y en las cosas morales. Por lo que todas estas cuestiones han de juzgarse según un prudente arbitrio, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes (1).

---

(1) Estas subdistinciones extremadas son de escasa utilidad en Derecho. En su aparente sencillez, es magnífica la regla de nuestro Código: "La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo o del lugar. Cuando la obligación no expresa la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia" (artículo 1.104).

Pudiéramos poner también ejemplos de culpa lata, leve y levísima en los artesanos y en todos los que ejercen algún cargo. Si omitieren en lo tocante a su oficio lo que la mayoría no suele omitir, causando por esta razón algún perjuicio, se dirá que lo producen por culpa lata. Si sólo se omitiere lo que únicamente los diligentes acostumbran a practicar, tendremos la culpa leve. Y si sólo los diligentísimos no lo hubiesen omitido, el perjuicio sería producido por culpa levísima.

5 Hemos de hacer sobre todo ello algunas observaciones. Primera, que nos parece bien lo que dice Silvestre (*verb culpa*, q. 1), es decir, que no es exacto distinguir la culpa en sentido estricto del dolo, caracterizando aquélla por la negligencia y éste por la conciencia. En efecto, para que exista el dolo no basta la conciencia de obrar mal, sino que hace falta el ánimo de perjudicar; de modo que si hubiere ciencia y conciencia sin dicho ánimo, habrá culpa y no dolo. Por ejemplo, si una persona reconoce que por no poner tal o cual diligencia, o por emplearla en tal o cual uso, existe un peligro para la cosa ajena recibida en comodato, y, no obstante, por pereza y desidia, no pone dicha diligencia o temerariamente emplea la cosa en usos peligrosos, no existirá ciertamente dolo, sino culpa lata, leve o levísima, según lo que se haya omitido, o el peligro a que se expuso la cosa ajena contra la voluntad de su dueño.

Además, nos satisface más la clasificación de la culpa en sentido lato, en dolo y culpa en sentido estricto; subdividiendo, a su vez, ésta en lata, leve y levísima, que es más acorde con los textos legales. El dolo presunto, o bien es verdadero dolo, o si la presunción no es exacta, será culpa, erróneamente tenida por dolo.

6 La segunda observación es que probablemente sería mejor la definición siguiente de la culpa lata: es la desviación, por comisión u omisión, de aquello a que en algún modo nos hallamos obligados, y que hubiera podido ser observado, al menos por los más diligentes. Decimos, en primer lugar, que es una desviación de aquello a que en algún modo nos hallamos obligados; ya que el no hacer algo a que no estemos obligados, no puede ser culpa en modo alguno. Por eso, si una persona ha recibido en comodato un caballo para ir a la guerra, o para un viaje que el comodante sabía que iba a hacerse por lugares peligrosos, no estará obligado a evitar los peligros propios de la guerra o de dicho viaje; de modo que si el caballo muriere por exponerse a dichos peligros, no perecerá por culpa del comodatario, ni para él, sino para el comodante, como consta por la *l. si ut certo, párrafo plane, l. eum qui rem. in princ.*, y *l. últ., ff. commodati; l. arboribus, párr. novis, ff. de usufr.* Lo contrario ocurrirá si lo expusiere a mayores peligros de los previstos por el comodante, o se excediere en aquellos mismos, como consta por los mismos textos. La palabra obligación no significa en nuestra definición un deber bajo culpa teológica, sino una obligación contractual, con la consecuencia que de no cumplirla, responderá de la cosa, o perderá algo o sufrirá algún perjuicio; del mismo modo que decimos que todo el mundo está obligado a conocer el Derecho, pues de otro modo, si, v. gr., por ignorancia, pagare los legados sin detraer de ellos la cuarta Falcidia, perderá el derecho a ésta, sin que se pueda después reclamar, como vimos en el lugar correspondiente.

Añadimos en la definición: que hubiera podido ser ob- 7
servado, al menos por los más diligentes, y no por la misma persona en cuestión, porque si bien para merecer una pena o para estar obligado a restituir por razón de adquisición injusta, es necesario que el resultado hubiera podido ser previsto y evitado por la misma persona, o por otra en su lugar, ya que sin voluntariedad de parte del culpable no puede existir culpa teológica; en cambio, cuando, en virtud de un contrato, una persona está obligada a cierta diligencia, de modo que si no la observa la cosa perecerá para ella y no para su dueño, no se trata aquí de la diligencia que de hecho pueda prestar, sino de la que normalmente los

hombres (a veces los más diligentes) hubieran prestado en caso análogo, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes. En efecto, el Derecho humano, de acuerdo con la equidad natural, y para que los hombres se decidan con mayor confianza a la celebración de contratos, necesarios para el comercio y la sociedad humana, como el comodato, depósito, arrendamiento y otros semejantes, así como para evitar pleitos y dificultades en todos ellos, estableció que en los contratos en que hay una sola parte favorecida, como el comodato, normalmente estará ésta obligada a poner la diligencia propia de las personas más diligentes; y el que tome una cosa en comodato, ya verá si le conviene someterse a esta obligación, y si es capaz de cumplirla, pues no sería justo que por su ineptitud se perjudicase el que le presta una cosa para su uso, estando obligado el comodatario por culpa levísima; como consta por la *l.* 1. *párr. is vero, ff. de actionibus et obligationibus; párrafo item is, vers. at is, I., quibus modis re contrahitur oblig.*

En cambio, en los contratos que no son en favor únicamente del que recibe la cosa, como ocurre en el depósito, arrendamiento y otros análogos, el Derecho no obliga a tanta diligencia, sino que normalmente, cuando el contrato favorezca a ambas partes, habrá sólo la obligación de proceder como las personas diligentes y, por tanto, de responder únicamente de culpa leve. Y si el favorecido fuese precisamente el que entrega la cosa, el que la recibe responderá sólo de la diligencia común y, por tanto, únicamente de culpa lata, como veremos más adelante.

De lo dicho consta lo que ya observaron Mayor (IV, dist. 13, q. 45), Covarrubias (*reg. possessor*, part. 2, párr. 7), Adriano (*de test., q. cit.*) y otros, que la culpa en sentido jurídico no siempre supone culpa teológica, pudiendo acontecer, a veces, sin pecado alguno mortal ni venial; sobre todo, cuando una persona está obligada a poner cierta diligencia, si quiere lograr o no perder algún lucro, y cuando está obligada del modo explicado, en virtud de algún

contrato, a poner una diligencia determinada. Así, si una persona recibe una cosa en comodato, y, por ser naturalmente olvidadizo, la deja en lugar expuesto a los ladrones, pereciendo por este motivo, perecerá por su culpa, estando obligado a restituir su valor al dueño, lo mismo en conciencia que en el fuero externo, si bien cuando la dejó fué por olvido, sin estar en su poder hacer otra cosa, no habiendo, por tanto, cometido culpa alguna en sentido teológico.

Podría, tal vez, objetarse contra la primera parte de 8
nuestra definición que el depositario, que recibe la cosa no para su utilidad, sino únicamente para la del depositante, no responde de culpa leve ni levísima, sino sólo de culpa lata o dolo, como veremos en su lugar; luego no toda culpa exige que el que caiga en ella estuviera obligado a hacer otra cosa, pues en ese caso la culpa leve y levísima no tendrían razón de ser por relación al depositario y, por tanto, sería erróneo decir que no responde de ellas; ya que al decir que no se responde de culpa, se supone la posibilidad de incurrir en ella.

A este argumento, concediéndole el antecedente, le negaremos la consecuencia. En efecto, para que se pueda decir que el depositario no responde de culpa leve o levísima, no es necesario que incurra en ellas, y que después de incurrir no responda por su causa; sino que basta que, si bien puede caer en ellas, por no poner la diligencia que hubieran puesto los hombres diligentes o diligentísimos, no tengan el carácter de culpa, ya que no estaba obilgado a ello por el contrato de depósito; por lo que el depositario que no haya puesto la diligencia propia de hombres diligentes o diligentísimos, si por esta causa pereciese la cosa depositada, podrá decir recta y verdaderamente que la cosa no ha perecido por culpa suya, ya que no estaba obligado a mayor diligencia. Por lo que es falso que el decir que el depositario no responde de culpa leve o levísima suponga que el depositario ha incurrido en dichas culpas, sin estar obligado a restituir la cosa depositada, derrumbándose, por

tanto, el argumento propuesto. Podemos decir que cuando los textos y los autores afirman que el depositario no responde de culpa leve y levísima, pretenden únicamente indicar que no responde de la negligencia que respecto al comodatario, por ejemplo, constituiría culpa leve o levísima.

9 La tercera observación es que si bien propiamente el caso fortuito es el acontecimiento imprevisto e inculpable, en la materia de que tratamos debe tomarse en sentido más lato, por todo acontecimiento no culpable, aunque no sea imprevisto, sino incluso probable. Así, podemos decir que un caballo prestado para ir a la guerra o un viaje peligroso, ha perecido por caso fortuito, esto es, sin culpa del comodatario, cuando muera en la guerra o sea robado por bandoleros.

FIN DEL VOLUMEN I
TOMO II



INDICE DE LAMINAS



INDICE

Páginas

Páginas

Páginas